

Jasmine Andenmatten

Recht auf Gesundheit und Flüchtlingsstatus

Recht auf Gesundheit und Flüchtlingsstatus

Dissertation

der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Luzern
zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jasmine Andenmatten
von Basel (BS)

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M. (Yale)

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Luzern, den 28. Januar 2025

Der Dekan: Prof. Dr. Andreas Eicker

© 2026 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich,
eizpublishing@europa-institut.ch

Autorin: Jasmine Andenmatten

ISBN:

978-3-03994-065-3 (Print – Softcover)

978-3-03994-066-0 (Print – Hardcover)

978-3-03994-067-7 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/6GV3-2E1I>

Version: 1.03 – 20260217

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Jasmine Andenmatten eingereicht und am 28. Januar 2025 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern auf Antrag von Frau Professorin Dr. Martina Caroni (Erstgutachterin) und Frau Professorin Dr. Stéphanie Dagron (Zweitgutachterin) genehmigt.

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL: <https://eizpublishing.ch/publikationen/recht-auf-gesundheit-und-fluechtlingsstatus/>.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 28. Januar 2025 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und Materialien konnten bis April 2024 berücksichtigt werden.

Für die Anregung zu diesem spannenden Thema sowie die konstruktiven Gespräche und motivierenden Ratschläge möchte ich meiner Doktormutter, Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M. (Yale), herzlich danken. Sie stand mir immer mit Rat zur Seite und hat durch viele kritische Diskussionen in stets angenehmer und humorvoller Atmosphäre massgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Danken möchte ich auch Prof. Dr. iur. Stéphanie Dagron für die Erstellung des Zweitgutachtens und die spannende Diskussion anlässlich des Kolloquiums.

Ein grosser Dank für die vorsichtige Durchsicht und die wertvollen Kommentare geht an diejenigen, die das Manuskript Korrektur gelesen haben. Von Herzen danke ich sodann Dr. iur. Monika Plozza, einerseits für die stets interessanten Diskussionen zu meiner Forschungsfrage, andererseits und insbesondere für die unermüdliche moralische Unterstützung während der gesamten Zeit meines Doktoratsstudiums, für die ich ihr zutiefst verbunden bin.

Unermesslicher Dank gilt schliesslich meiner Familie sowie meinen Freundinnen und Freunden. Sie standen mir während einer nicht immer einfachen Zeit stets zur Seite. Ohne ihre Unterstützung würde diese Arbeit nicht vorliegen.

Basel, im Dezember 2025

Jasmine Andenmatten

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XV
Materialienverzeichnis	XXV
Einleitung	1
I. Ausgangslage	1
II. Forschungsfrage, Gliederung und Ziel der Arbeit	9
§ 1 Flucht und Gesundheit	11
I. Zusammenhang Flucht und Gesundheit	11
II. Zusammenhang des menschenrechtlichen Refoulementverbots und Gesundheit	14
1. Begriffserklärung	14
2. Bedeutung des Refoulementverbots in medizinischen Fällen	16
A. Praxis des EGMR	16
a) D. gegen das Vereinigte Königreich	17
b) N. gegen das Vereinigte Königreich	18
c) Paposhvili gegen Belgien	19
d) Savran gegen Dänemark	21
e) Fazit zur Praxis des EGMR bei fehlender medizinischer Behandlung im Zielstaat	21
B. Praxis des Kinderrechtsausschusses	22
C. Praxis des Behindertenrechtsausschusses	25
D. Schweizer Praxis	27
a) Unzulässigkeit der Wegweisung	27
b) Unzumutbarkeit der Wegweisung	29
III. Fazit zum Zusammenhang Flucht und Gesundheit	31
§ 2 Normativer Inhalt des Rechts auf Gesundheit	34
I. Begriff der Gesundheit und Abgrenzung	34
1. Definition «Gesundheit»	34
2. Abgrenzung zu «Behinderung»	35
3. Fazit zum Begriff der Gesundheit	37
II. Rechtliche Verankerungen	37
1. Rechtliche Verankerung im internationalen Recht	38
2. Rechtliche Verankerung im schweizerischen Recht	39
A. Zielnormen im Bundesrecht	39
B. Kantonales Recht	41

III.	Das Recht auf Gesundheit: ein soziales Menschenrecht	42
1.	Rechte der «zweiten Generation»?	42
2.	Justiziabilität von WSK-Rechten	44
3.	Fazit zum Recht auf Gesundheit als soziales Menschenrecht	46
IV.	Grundzüge und Verpflichtungen	47
1.	Essenzielle Elemente	47
A.	Verfügbarkeit («availability»)	48
B.	Zugänglichkeit («accessibility»)	48
C.	Annehmbarkeit («acceptability»)	49
D.	Qualität («quality»)	49
E.	Praktische Bedeutung dieser Kernelemente	50
2.	Verpflichtungen	51
A.	Die dreigliedrige Pflichtentypologie	51
a)	Die Unterlassungspflicht («duty to respect»)	51
b)	Die Schutzpflicht («duty to protect»)	53
c)	Die Gewährleistungspflicht («duty to fulfil»)	54
B.	Kernpflichten	55
a)	Unmittelbare vs. progressive Verwirklichung	55
b)	Rechtfertigung der Ressourcenknappheit?	57
c)	Kritik und Rechtsprechung	58
d)	Fazit zu den Kernpflichten des Rechts auf Gesundheit	61
V.	Ausgewählte Teilaspekte	61
1.	Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen	62
2.	Recht auf eine gesunde Umwelt?	63
3.	Sexuelle und reproduktive Gesundheit	66
VI.	Umsetzung des Rechts auf Gesundheit	68
1.	Praxis regionaler Menschenrechtsorgane	69
A.	Praxis der ACHPR und des Afrikanischen Kinderrechtskomitees	70
a)	Fehlender Zugang zu Gesundheitseinrichtungen für Kinder	71
b)	Fehlender Zugang zu Gesundheitseinrichtungen für inhaftierte Personen, Menschen mit einer Behinderung sowie die indigene Bevölkerung	73
c)	Physisches und emotionales Trauma durch sexuelle Übergriffe	75
d)	Schwere Umweltverschmutzung	76
e)	Fazit zur Praxis der ACHPR und des Afrikanischen Kinderrechtskomitees zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit	78
B.	Praxis des EGMR	79
a)	Verletzung von Art. 8 EMRK	79
b)	Verletzung von Art. 2 EMRK	88
c)	Verletzung von Art. 3 EMRK	92
d)	Fazit zur EGMR-Praxis betreffend Verletzungen von Aspekten des Rechts auf Gesundheit	94
2.	Praxis der UNO-Menschenrechtsorgane	95
A.	Praxis des WSK-Ausschusses	97
B.	Praxis des Kinderrechtsausschusses	98
C.	Praxis des Behindertenrechtsausschusses	101
D.	Praxis des Frauenrechtsausschusses	105

E.	Fazit zur Praxis der UNO-Menschenrechtsorgane zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit	109
3.	Schweizer Praxis	111
A.	Der programmatische Charakter der WSK-Rechte	112
B.	Angerufene Grundrechte	115
a)	Recht auf persönliche Freiheit	116
b)	Recht auf Hilfe in Notlagen	118
C.	Fazit zur Schweizer Praxis betreffend Verletzungen von Aspekten des Rechts auf Gesundheit	121
VII.	Fazit zum normativen Inhalt des Rechts auf Gesundheit	122

§ 3	Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit	125
I.	Vorbemerkungen	125
II.	Allgemeine Elemente des Flüchtlingsbegriffs	126
1.	Aufenthalt ausserhalb des Heimat- oder Herkunftsstaates	127
2.	Fremde oder keine Staatsangehörigkeit	130
3.	Bruch der Beziehungen zum Heimat- oder Herkunftsstaat	130
III.	Kernelement: Begründete Furcht vor Verfolgung	131
1.	Verfolgung i.S.v. Art. 1A Ziff. 2 FK	131
A.	Menschenrechte als Interpretationsmassstab	133
a)	Auslegungsmethoden	133
b)	Der human rights based approach in der Lehre	134
c)	Herangehensweise des UNHCR	137
d)	Herangehensweise in der Qualifikationsrichtlinie	139
e)	Ausgewählte Rechtsprechung zum human rights based approach	140
f)	Kumulationsbetrachtung	142
g)	Zwischenfazit zum human rights based approach	144
B.	Ernsthafte Nachteile i.S.v. Art. 3 AsylG	145
C.	Konnex zum Recht auf Gesundheit	146
a)	Verweigerung des Zugangs zu medizinischen Leistungen	147
b)	Medizinische Zwangsbehandlung	152
c)	Schwere Umweltverschmutzung	153
d)	Verletzung der sexuellen und reproduktiven Gesundheit	157
e)	Zwischenfazit zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit als Verfolgungshandlung	159
D.	Gezieltheit der Verfolgung	160
E.	Fehlender Schutz durch den Heimat- oder Herkunftsstaat	162
a)	Anforderungen an den staatlichen Schutz	162
b)	Interner Schutz und Beweislast	164
c)	Konnex zum Recht auf Gesundheit	166
F.	Begründete Furcht vor künftiger oder vergangener Verfolgung	170
2.	Verfolgungsmotive	171
A.	Rasse	172
B.	Religion	173
C.	Nationalität	174
D.	Politische Anschauung	175

E.	Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe	175
IV.	Fazit zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit	177
§ 4	Praxis zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit	181
I.	Zugang zu Gesundheitseinrichtungen	181
1.	Praxis unter Bezugnahme auf die Kumulationsbetrachtung	182
A.	Australische Praxis	182
B.	Kanadische Praxis	185
C.	Praxis der USA	190
2.	Praxis unter Bezugnahme auf das Recht auf Leben	192
3.	Praxis unter Bezugnahme auf das Recht auf Gesundheit?	195
4.	Herausforderungen bei der Begründung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund Verletzung des Rechts auf Gesundheit	197
A.	Fehlendes Verfolgungsmotiv	197
B.	Fehlende Beweiskraft von Beweismitteln	199
C.	Verfügbare medizinische Versorgung im Heimatstaat	201
D.	Fehlender ernsthafter Nachteil	202
E.	Zwischenfazit	203
5.	Fazit zur Praxis betreffend Zugang zu Gesundheitsversorgung	203
II.	Medizinische Zwangsbehandlung	204
1.	Verletzung von Aspekten des Rechts auf Gesundheit	204
2.	Abgrenzung zu Folter und anderer unmenschlicher, grausamer oder erniedrigender Behandlung	206
A.	Zwangssterilisationen oder -abtreibungen	206
B.	Verweigerung von Hormonbehandlungen	209
3.	Fazit zu medizinischen Zwangsbehandlungen	210
III.	Schwere Umweltverschmutzungen	210
1.	Der AF (Kiribati)-Fall	211
2.	Der AC (Tuvalu)-Fall	214
3.	Fazit zu Fällen schwerer Umweltverschmutzung	215
IV.	Fazit zur Praxis der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit	216
§ 5	Abschliessende Würdigung	218
I.	Zusammenfassung	218
II.	Schlussfolgerungen	223
III.	Kontrollliste	224
	Curriculum Vitae	227

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ACHPR	Afrikanische Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker (<i>African Commission on Human & Peoples' Rights</i>)
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16.12.2005 (SR 142.20)
ARK	Schweizerische Asylrekurskommission (per 1.1.2007 ersetzt durch das BVGer)
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26.6.1998 (SR 142.31)
AsylV 1	Asylverordnung 1 über Asylfragen vom 11.8.1999 (SR 142.311)
Aufl.	Auflage
BBL	Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betreffend
BFM	Bundesamt für Migration
BGer	Bundesgericht
BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (SR 0.109)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA IRB	Canadian Immigration and Refugee Board
CCPR	UNO-Menschenrechtsausschuss (<i>Human Rights Committee or Committee on Civil and Political Rights</i>)
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 (SR 0.108)
CERD	UNO-Ausschuss gegen Rassendiskriminierung (<i>Committee on the Elimination of Racial Discrimination</i>)

CESCR	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (<i>Committee on Economic, Social and Cultural Rights</i>)
CESR	Center for Economic and Social Rights
CHR	UNO-Menschenrechtskommission (<i>Commission on Human Rights</i>)
CRC	UNO-Kinderrechtsausschuss (<i>Committee on the Rights of the Child</i>)
CRPD	UNO-Behindertenrechtsausschuss (<i>Committee on the Rights of Persons with Disabilities</i>)
Diss.	Dissertation
DRC	Demokratische Republik Kongo (<i>Democratic Republic of Congo</i>)
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
ECSR	Europäischer Ausschuss für soziale Rechte (<i>European Committee of Social Rights</i>)
Ed./Eds.	HerausgeberInnen (<i>editor, editors</i>)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Asylrekurskommission
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101)
et al.	et alia / und andere
EU	Europäische Union
f.	folgende
FCCA	Federal Circuit Court of Australia
ff.	fortfolgende
FK	Abkommen über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (SR 0.142.30)
Fn.	Fussnote
GC	Allgemeine Bemerkung (<i>General Comment</i>)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HCA	High Court of Australia
HRC	UNO-Menschenrechtsrat (<i>Human Rights Council</i>)
Hrsg.	Herausgeberin, Herausgeber
HRW	Human Rights Watch

IACHR	Interamerikanische Kommission für Menschenrechte (<i>Inter-American Commission on Human Rights</i>)
IACtHR	Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (<i>Inter-American Court of Human Rights</i>)
Ibid.	Ebenda
ICERD	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965 (SR 0.104)
ICJ	International Commission of Jurists
IGH	Internationaler Gerichtshof (<i>International Court of Justice</i> , ICJ)
IJRL	International Journal of Refugee Law
inkl.	inklusive
INS	Immigration and Naturalization Service
IPCC	The Intergovernmental Panel on Climate Change
IRRC	International Review of the Red Cross
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (SR 0.107)
LGBTQIA+	Lesbisch, schwul, bisexuell, transgender/transsexuell, queer, intersexuell, asexuell, und andere (<i>lesbian, gay, bisexual, transgender, queer, intersex, asexual and others</i>)
MIMA	The Minister for Immigration and Multicultural Affairs
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Randnote
NGO	Nichtregierungsorganisation (<i>nongovernmental organization</i>)
No.	Nummer (<i>number</i>)
NPO	Non-Profit-Organisation
Nr.	Nummer
NZIPT	New Zealand: Immigration and Protection Tribunal
OCHA	Amt der Vereinten Nationen für die Koordinierung humanitärer Angelegenheiten (<i>United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs</i>)
OHCHR	Hoher Kommissar der Vereinten Nationen für Menschenrechte (<i>Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights</i>)

PTBS	Posttraumatische Belastungsstörung
QRL	Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl. 2011 L 337, 9 ff.
RAD	Canadian Refugee Appeal Division
RRT	Australian Refugee Review Tribunal
RSAA	The New Zealand Refugee Status Appeals Authority
S.	Seite
SCC	Supreme Court of Canada
S.C.R.	Supreme Court Reports
SEM	Staatssekretariat für Migration
SERAC	Social and Economic Rights Action Center
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
Sic	So stand es geschrieben (<i>sic erat scriptum</i>)
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
sog.	sogenannte/r
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHD	Secretary of State for the Home Department
u.a.	unter anderem
UNHCR	Hochkommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (<i>United Nations High Commissioner for Refugees</i>)
UNICEF	Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen (<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i>)
UNO	Vereinte Nationen (<i>United Nations Organization</i>)
UK	United Kingdom, das Vereinigte Königreich
UKHL	United Kingdom House of Lords
UNESCO	Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur (<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.1)

UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika (<i>United States of America</i>)
U.S.C.	United States Code
USCA	United States Court of Appeals
Vol.	Volume
vs.	im Vergleich zu (<i>versus</i>)
WHA	Weltgesundheitsversammlung (<i>World Health Assembly</i>)
WHO	Weltgesundheitsorganisation (<i>World Health Organization</i>)
WSK	wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

- AMMER MARGIT/NOWAK MANFRED/STADLMAYR LISA/HAFNER GERHARD, Rechtsstellung und rechtliche Behandlung von Umweltflüchtlingen, Dessau-Rosslau 2010
- AYHAN BALIK CEMILE HURREM/BILGIN HÜLYA/ULUMAN OZGU TEKIN, SUKUT OZGE/YILMAZ SEVIL AND BUZLU SEVIM, A Systematic Review of the Discrimination Against Sexual and Gender Minority in Health Care Settings, in: International Journal of Health Services 2020, Vol. 50 (I) S. 44 ff. (zitiert: AYAN BALIK ET AL.)
- BELSER EVA MARIA/BÄCHLER THEA/EGLI SANDRA für das SKMR, Recht auf Umwelt. Eine Untersuchung der geplanten Anerkennung eines Rechts auf Umwelt durch die UN und ihrer Folgen für die Schweiz, Bern 2021
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zitiert: BIAGGINI, Komm. BV, Art. ... N. ...)
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/SCHWEIZER RAINER J., Kommentierung des Art. 41 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 1-80 BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zitiert: BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER SGK-BV, Art. 41 N ...)
- BILCHITZ DAVID, Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights, Oxford New York 2007
- BINDER ANDREA, Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen, deutschen, kanadischen und amerikanischen Flüchtlings- und Asylpraxis, Basel Genf München 2001
- BOGNUMA CRISTINA, Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit, Indikatoren für die Praxis, Zürich 2010
- BOSSUYT MARC, International Human Rights Protection. Balanced, Critical, Realistic, Cambridge Antwerp Portland 2016
- BOYD DAVID R., Catalyst for Change, Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment, in: Know John H./Pejan Ramin (Hrsg.), The Human Right to a Healthy Environment, Cambridge 2018, S. 17 ff. (zitiert: BOYD, Catalyst for Change)
- The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment, Vancouver/Toronto 2012 (zitiert: BOYD, Environmental Rights Revolution)
- BOYLE KATIE, Economic and Social Rights Law Incorporation, Justiciability and Principles of Adjudication, New York 2020

- CARONI MARTINA, Die vorrangige Berücksichtigung des übergeordneten Kindesinteresses im Migrationsrecht – Menschenrechtliche Praxis, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, Bern 2023, S. 3 ff.
- CARONI MARTINA/SCHIEBER NICOLE/PREISIG CHRISTA/PLOZZA MONIKA, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zitiert: CARONI ET AL.)
- CHEN CHER WEIXIA/RENTELN ALISON Dundes, International Human Rights Law, A Survey, Cambridge 2023
- COOPER JESSICA B., Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition, New York University Environmental Law Journal (NYU Envtl LJ), 1998 (6), S. 480 ff.
- CORKERY ALLISON/SAIZ IGNACIO, Progressive realization using maximum available resources: the accountability challenge, in: Dugard Jackie/Porter Bruce/Ikawa Daniela/Chenwi Lilian (Hrsg.), Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, Northampton 2020, S. 275 ff.
- DANIELS NORMAN, Just Health: Meeting Health Needs Fairly, Cambridge 2008
- DE PAZ GONZÁLEZ, The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights, Shadow and Light in International Human Rights, Cheltenham Northampton 2018
- DE WECK FANNY, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT, Brill, Leiden 2017
- DIEZIG STEFAN, Umweltvertriebene im flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Kontext, in: Gauch Peter (Hrsg.) AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 379, 2018
- DOCHERTY BONNIE/GIANNINI TYLER, Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees, The Harvard International Law Review, Vol. 33 Issue 2, 2009, S. 349 ff.
- EDWARDS ALICE, Chapter 25 – International Refugee Law, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 3. Aufl., Oxford 2018, S. 539 ff. (zitiert: EDWARDS, International Refugee Law)
- Age and gender dimensions in international refugee law, in: Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson, Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge/New York 2003, S. 46 ff. (zitiert: EDWARDS, Age and Gender)
- EPINEY ASTRID, 'Environmental refugees': aspects of international state responsibility, in: Piguet Etienne/Pécoud Antoine/De Guchteneire Paul (Hrsg.), Migration and Climate Change, Cambridge 2011, S. 388 ff.

- EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD/EGBUNA-JOSS ANDREA/OESCHGER MAGNUS, Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht, ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens, Freiburger Schriften zum Europarecht, Nr. 4, Fribourg 2008 (zitiert: EPINEY ET AL.)
- FAUK NELSENSIUS KLAU/HAWKE KAREN/MWANRI LILLIAN/WARD PAUL RUSSELL, Stigma and Discrimination towards People Living with HIV in the Context of Families, Communities, and Healthcare Settings: A Qualitative Study in Indonesia, in: International Journal of Environmental Research and Public Health, Vol. 18 Issue 10 (2021) 5424
- FELNER EITAN, Closing the 'Escape Hatch': A Toolkit to Monitor the Progressive Realization of Economic, Social, and Cultural Rights, in: Journal of Human Rights Practice, Vol. 1 No. 3 2009, S. 402 ff.
- FOSTER MICHELLE, Economic Migrant or Person in Need of Protection? Socio-Economic Rights and Persecution in International Refugee Law, in: Burson Bruce/Cantor David James (Eds.), Human Rights and the Refugee Definition, Comparative Legal Practice and Theory, International Refugee Law Series Vol. 5, Leiden Boston 2016, S. 229 ff. (zitiert: FOSTER, Economic Migrant?)
- International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Refuge from Deprivation, Cambridge 2007 (zitiert: FOSTER, Refuge from Deprivation)
- FREI NULA, Flüchtlingseigenschaft, in: Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl., Bern 2021, S. 183 ff.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht: Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023
- GÄCHTER THOMAS/WERDER GREGORI, Kommentierung der Art. 12 BV und Art. 41 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zitiert: GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. ... N. ...)
- GHAJATI TANJA, Die universelle Durchsetzung der Menschenrechte, Utopie oder Realität? Diss., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012
- GOODWIN-GILL GUY S./MCADAM JANE, The Refugee in International Law, 4. Aufl., New York 2021
- GOSTIN LAWRENCE O., The Human Right to Health: A Right to the "Highest Attainable Standard of Health", Hastings Center Report, March-April 2001, S. 29-30
- GRAHL-MADSEN ATLE, The Status of Refugees in International Law, Vol. I, Leyden 1966
- GRAUMANN SIGRID, Assistierte Freiheit. Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, Frankfurt am Main 2011
- HAMDAN EMAN, The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Brill, Leiden 2016
- HATHAWAY JAMES C., The Rights of Refugees under International Law, Second Edition, Cambridge University Press 2021 (zitiert: HATHAWAY, Rights of Refugees)

- The Law of Refugee Status, Toronto Vancouver, Butterworths Canada Ltd. 1991 (zitiert: HATHAWAY, The Law of Refugee Status)
- HATHAWAY JAMES C./FOSTER MICHELLE, The Law of Refugee Status, Second Edition, Cambridge 2014
- HOSTETTLER EVA, Der Schutz der internationalen Klimavertriebenen in Europa, in: SStiR – Schweizer Studien zum Internationalen Recht Band/Nr. 139, 2012, S. 143-157
- HRUSCHKA CONSTANTIN, GFK – Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022 (zitiert: HK-GFK/BEARBEITER:IN, Art. ... N. ...)
- Der Flüchtling als Zielscheibe? In: Asyl 2/18, S. 24-27 (zitiert: HRUSCHKA, Flüchtling als Zielscheibe?)
- HUNT PAUL/KHOSLA RAJAT, Climate change and the right to the highest attainable standard of health, in: Humphreys Stephen (Hrsg.), Human Rights and Climate Change, New York 2009, S. 242 ff.
- IKAWA DANIELA, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Optional Protocol, in: Dugard Jackie/Porter Bruce/Ikawa Daniela/Chenwi Lillian (Hrsg.), Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, Northampton 2020, S. 14 ff.
- IPCC, Climate Change and Land, An IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems, Summary for Policymakers, 2020 (zitiert: IPCC, Climate Change and Land)
- KAMMERMANN BARBARA, Flucht vor Krieg, Verfolgung in bewaffneten Konflikten, Zürich Basel Genf 2019
- KÄLIN WALTER, Migration, in: Rajamani Lavanya/Peel Jacqueline, (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford 2021, S. 800 ff. (zitiert: KÄLIN, Migration)
- Conceptualising Climate-Induced Displacement, in: McAdam Jane (Hrsg.), Climate Change and Displacement, Multidisciplinary Perspectives, Oxford 2010, S. 81 ff. (zitiert: KÄLIN, Climate-Induced Displacement)
 - Grundriss des Asylverfahrens, Basel, Frankfurt am Main 1990 (zitiert: KÄLIN, Grundriss)
 - Das Prinzip des Non-Refoulement, Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, Diss. Bern, Bern 1982 (zitiert: KÄLIN, Non-Refoulement)
- KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG/PIRKER BENEDIKT, Völkerrecht, eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022 (zitiert: KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht)

- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4. Aufl., Basel 2019
- KÄLIN WALTER/SCHREPPEL NINA, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change, Normative Gaps and Possible Approaches*, UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2012/01
- KCOMT LUISA, *Profound health-care discrimination experienced by transgender people: rapid systematic review*, in: *Social Work in Health Care*, Vol. 58 Issue 2 (2019), S. 201 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018
- KLEE KRISTINA, *Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte – Eine Interpretation von Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Pakts für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, Stuttgart et al. 2000
- KNOX JOHN H., *Human Rights*, in: Rajamani Lavanya/Peel Jacqueline, (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford 2021, S. 784 ff.
- KNOX JOHN H./PEJAN RAMIN, *Introduction*, in: Know John H./Pejan Ramin (Hrsg.), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge 2018, S. 1 ff.
- KOCH IDA ELISABETH, *Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?*, *Human Rights Law Review*, Vol. 5 Issue 1 (2005), S. 81 ff.
- KOURULA PIRKKO, *Broadening the Edges, Refugee Definition and International Protection revisited*, Dordrecht 1997
- KOZOLL CHRISTOPHER M., *Poisoning the Well: Persecution, the Environment and Refugee Status*, in: *Colorado Journal of International Environmental Law (ColJIELP)* 2004 (15), S. 271 ff.
- KRAHN GLORIA L./ROBINSON ANN/MURRAY ALEXA J./HAVERCAMP SUSAN M., *It's time to reconsider how we define health: Perspective from disability and chronic condition*, in: *Disability and Health Journal*, Vol. 14 Issue 4, October 2021 (zitiert: KRAHN/ROBINSON/MURRAY ET AL.)
- KRAJEWSKI MARKUS, *Völkerrecht*, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023
- KRENNERICH MICHAEL, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach 2013 (zitiert: KRENNERICH, *Soziale Menschenrechte*)
- *Das Menschenrecht auf Gesundheit. Grundzüge eines komplexen Rechts*, in: Frewer Andreas/Bielefeldt Heiner (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf Gesundheit, Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse*, Bielefeld 2016, S. 57 ff. (zitiert: KRENNERICH, *Menschenrecht auf Gesundheit*)
- KÜNZLI JÖRG/WEBER FLORIAN, *Gesundheit im Freiheitsentzug, Rechtsgutachten zur Gesundheitsversorgung von inhaftierten Personen ohne Krankenversicherung*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Bern 12. November 2018

- LAMBERT HÉLÈNE, The Conceptualisation of 'Persecution' by the House of Lords: Horvath v. Secretary of State for the Home Department, in: IJRL 13 (2001) S. 16 ff.
- LEHMANN KARIN, In Defense of the Constitutional Court: Litigating Socio-Economic Rights and the Myth of the Minimum Core, American University International Law Review, Vol. 22 Issue 1 (2006), S. 163 ff.
- MAHON PASCAL/GRAF ANNE-LAURENCE/STEFFANINI FEDERICA, Der Begriff «Rasse» im schweizerischen Recht, Neuchâtel 2019
- MARTIN DAVID A., Book Review of Hathaway's Law of Refugee Status, American Journal of International Law 1993, S. 348 ff.
- MCADAM JANE, Moving beyond Refugee Law: Putting Principles on Climate Mobility into Practice, International Journal of Refugee Law, 2022, Vol. 34, S. 440 ff. (zitiert: MCADAM, Moving beyond Refugee Law)
- Displacement in the Context of Climate Change and Disasters, in: Costello Cathryn/Foster Michaelle/McAdam Jane (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Refugee Law, Oxford 2021, S. 832 ff. (zitiert: MCADAM, Displacement)
 - The emerging New Zealand jurisprudence on climate change, disasters and displacement, Migration Studies Vol. 3 (2015), S. 131 ff. (zitiert: MCADAM, New Zealand jurisprudence)
 - Climate Change, Forced Migration, and International Law, Oxford 2012 (zitiert: MCADAM, Climate Change)
 - Interpretation of the 1951 Convention, in: Zimmermann Andreas/Dörschner Jonas/Machts Felix (Hrsg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary, New York 2011, S. 75 ff. (zitiert: MCADAM, Interpretation)
- MCDAVE KUJO ELIAS/DAGADU PALMER PRINCE, Reconsidering the Status and Rights of Climate Refugees Under International Law, International Journal of Law and Society, Vol. 6 Issue 2, 2023, S. 168 ff.
- MOTZ STEPHANIE, The Refugee Status of Persons with Disabilities, Leiden 2021 (zitiert: MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities)
- Flüchtlinge mit Behinderung, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2018, S. 65 ff. (zitiert: MOTZ, Flüchtlinge mit Behinderung)
- MÜLLER AMREI, The Minimum Core Approach to the Right to Health, Progress and Remaining Challenges, in: Sabine Klotz, Heiner Bielefeldt, Martina Schmidhuber, Andreas Frewer (Hrsg.), Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation, Bielefeld 2017, S. 55 ff.
- MÜLLER LUCIEN, Kommentierung des Art. 12 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 1-80 BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zitiert: MÜLLER SGK-BV, Art. 12 N ...)

- Nansen Initiative, Human Mobility in the Context of Disasters and Climate Change in Southeast Asia, Background Paper, 2014
- Netzwerk Istanbul Konvention, Umsetzung der Istanbul-Konvention in der Schweiz, Alternativbericht der Zivilgesellschaft, Juni 2021
- NOWAK MANFRED, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem, Wien 2002
- Ó CATHAOIR, UN Institutions and Health and Human Rights, in: Toebes Brigit/Hartlev Mette/Hendriks Aart/Ó Cathaoir Katharina/Rothmar Herrmann Janne/Sinding Aasen Henriette (Hrsg.), Health and Human Rights, Global and European Perspectives, 2. Aufl., Cambridge 2022, S. 91 ff.
- PANTELIC MARIJA/CASALE MARISA/CLUVER LUCIE/TOSKA ELONA/MOSHABELA MOSA, Multiple forms of discrimination and internalized stigma compromise retention in HIV care among adolescents: findings from a South African cohort, in: Journal of International AIDS Society, Vol. 23 Issue 5 (2021), S. 1 ff. (zitiert: PANTELIC ET AL.)
- PEHL ALEXANDER, Repräsentative Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Diss. Bonn, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019
- POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002
- PROGIN-THEUERKAUF SARAH/EGBUNA-JOSS ANDREA, Europäisches Asylrecht Rechtsrahmen und Funktionsweise, 1. Aufl., Bern 2019
- PROGIN-THEUERKAUF SARAH/GORDZIELIK TERESIA, Wegweisungsvollzugshindernisse, in: Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl., Bern 2021, S. 255 ff.
- RUGER JENNIFER PRAH, Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements, Yale Journal of Law & the Humanities, Vol. 18 (2006), S. 273 ff.
- SAUL BEN/KINLEY DAVID/MOWBRAY JACQUELINE, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials, Oxford 2014
- SCHWEIZER RAINER J., Kommentierung des Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Art. 1-80 BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zitiert: SCHWEIZER SGK-BV, Art. 10 N ...)
- Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl., Bern 2021 (zitiert: SFH, Handbuch)
- SEITZ CLAUDIA, Teil III DUBLIN IM BESONDEREN / Die Genfer Flüchtlingskonvention, das Dublin-System und das Recht auf Gesundheit in der Flüchtlingsdiskussion, in: Stephan Breitenmoser, Otto Lagodny, Peter Uebersax (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Herausforderungen, 1. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, S. 357 ff.
- SSENYONJO MANISULI, Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Second Edition, Portland, Oregon 2016

- STÖCKLI WALTER, § 14 Asyl, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser/Luzia Vettereli (Hrsg.), *Ausländerrecht – Eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 3. Aufl., Basel 2022, S. 837 ff.
- STOREY HUGO, What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition, *IJRL* 26 (2014) S. 272 ff. (zitiert: STOREY, What Constitutes Persecution)
- Persecution: Towards a working definition, in: Chetail Vincent/Bauloz Céline (Hrsg.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham and Northampton 2014 (zitiert: STOREY, Working Definition)
- TOEBES BRIGIT C.A., *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerpen et al. 1999
- TOEBES BRIGIT/Ó CATHAOIR KATHARINA, The Right to Health: Central Concepts, in: Toebes Brigit/Hartlev Mette/Hendriks Aart/Ó Cathaoir Katharina/Rothmar Herrmann Janne/Sinding Aasen Henriette (Hrsg.), *Health and Human Rights, Global and European Perspectives*, 2. Aufl., Cambridge 2022, S. 23 ff.
- UNHCR, *Global Trends – Forced Displacement in 2024* (zitiert: UNHCR, Global Trends 2024)
- Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters, 1.10.2020 (zitiert: UNHCR, Climate change and disasters)
 - *Global Trends – Forced Displacement in 2018* (zitiert: UNHCR, Global Trends 2018)
 - *Too Much Pain – Female genital mutilation and asylum in the European Union*, A Statistical Update, 22.8.2018 (zitiert: UNHCR, Too Much Pain)
 - *Climate Change, Disasters and Displacement*, May 2017 (zitiert: UNHCR, Climate Change)
 - *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, 1.5.2014 (zitiert: UNHCR, SOGI)
 - *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23.10.2012 (zitiert: UNHCR, Richtlinien Nr. 9)
 - *Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation*, May 2009 (zitiert: UNHCR, Guidance FGM)
 - *Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 22.12.2009 (zitiert: UNHCR, Richtlinien Nr. 8)
 - *Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons At Risk of Being Trafficked*, 7.4.2006 (zitiert: UNHCR, Richtlinien Nr. 7)

- Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/ or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28.4.2004 (zitiert: UNHCR, Richtlinien Nr. 6)
- Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 23.7.2003 (zitiert: UNHCR, Richtlinien Nr. 4)
- Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, April 2001 (zitiert: UNHCR, Auslegung von Art. 1)
- Handbook on procedures and criteria for determining refugee status and guidelines in international protection, under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees, Geneva September 1979, UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV.3 (zitiert: UNHCR, Handbuch)
- Richtlinien zum Internationalen Schutz: «Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe» im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, HCR/GIP/02/02 Mai 2002 (zitiert: UNHCR, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe)

VEVSTAD VIGDIS, Refugee Protection – A European Challenge, Oslo 1998

WALKER KRISTEN L., Sexuality and Refugee Status in Australia, *IJRL* 12(2) (2000), S. 175 ff.

WERENFELS SAMUEL, Der Begriff des Flüchtlings im Schweizerischen Asylrecht, Die Praxis des Bundes zu Artikel 3 Asylgesetz, Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 686, Bern 1987

WILSON BARBARA, Social Determinants of Health from a Rights-based Approach, in: Clapham Andrew/Robinson Mary/Mahon Claire/Jerbi Scott (Hrsg.), *Realizing the Right to Health*, Zurich 2009, S. 60 ff.

WOUTERS KEES, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Diss. Leiden, Leiden 2009

WYTTENBACH JUDITH/SCHLÄPPI ERIKA, Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage? *Die Praxis des Familienrechts* 2018, S. 429 ff.

YOUNG KATHARINE G., Introduction, in: Katharine Young G. (Ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge New York 2019, S. 1 ff. (zitiert: YOUNG, Introduction)

- Waiting for Rights, Progressive Realization and Lost Time, in: Katharine Young G. (Ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge New York 2019, S. 654 ff. (zitiert: YOUNG, Waiting for Rights)
- The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content, *Yale Journal of International Law*, Vol. 33 (2008), S. 113 ff. (zitiert: YOUNG, Minimum Core)

ZIMMERMANN ANDREAS/MAHLER CLAUDIA, Article 1A, para. 2 (Definition of the Term 'Refugee'/Définition du Terme 'Réfugié'), in: Zimmermann Andreas/Dörschner Jonas/Machts Felix, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary, New York 2011, S. 281 ff.

Materialienverzeichnis

Schweizer Materialien

BUNDESRAT

- Botschaft zur Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 betreffend ein Mitteilungsverfahren, BBl 2016 217 (zitiert: Botschaft Fakultativprotokoll KRK)
- Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BBl 2013 661 (zitiert: Botschaft BRK)
- Botschaft über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (OP CEDAW), BBl 2006 9787 (zitiert: Botschaft OP CEDAW)
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zitiert: Botschaft BV)
- Botschaft vom 23.8.1995 betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl 1995 IV 901 (zitiert: Botschaft CEDAW)
- Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994 BBl 1994 V 1 (zitiert: Botschaft KRK)
- Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189 (zitiert: Botschaft UNO-Pakte)
- Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 6.7.1983, BBl 1983 III 779 (zitiert: Botschaft AsylG)

UNO-Materialien

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Concluding Observations

- Concluding observations on the fourth periodic report of Switzerland, 18 November 2019, E/C.12/CHE/CO/4 (zitiert: CESCR, Concluding Observations Switzerland 2019)
- Consideration of reports submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Switzerland, Concluding Observations, 26 November 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3 (zitiert: CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010)

Consideration of Reports submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, India, Concluding Observations, 8 August 2008, E/C.12/IND/CO/5 (zitiert: CESCR, Concluding Observations India 2008)

Consideration of Reports submitted by State Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Switzerland, Concluding Observations, 7 December 1998 (zitiert: CESCR, Concluding Observations Switzerland 1998)

General Comments

General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2.5.2016, E/C.12/GC/22 (zitiert: CESCR, GC Nr. 22)

General Comment No. 19: The right to social security (art. 9), 4.2.2008, E/C.12/GC/19 (zitiert: CESCR, GC Nr. 19)

General Comment No. 17 (2005) The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), 12.1.2006, E/C.12/GC/17 (zitiert: CESCR, GC Nr. 17)

General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health, 11.8.2000, E/C.12/2000/4 (zitiert: CESCR, GC Nr. 14)

General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14.12.1990, E/1991/23 (zitiert: CESCR, GC Nr. 3)

Statements

Substantive Issues arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Statement adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on 4 May 2001, E/C.12/2001/10 (zitiert: CESCR, Poverty and the ICESCR)

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

Economic, Social and Cultural Rights, The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt, 13 February 2003, E/CN.4/2003/58 (zitiert: Special Rapporteur, Report 2003)

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD

General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, 1 September 2005, CRC/GC/2005/6 (zitiert: CRC, GC Nr. 6)

HUMAN RIGHTS COMMITTEE

CCPR General Comment No. 36: Article 6: right to life, 3.9.2019, CCPR/C/GC/36 (zitiert: CCPR, GC Nr. 36)

CCPR General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), adopted at the Sixty-eighth session of the Human Rights Committee, on 29 March 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (zitiert: CCPR, GC Nr. 28)

HUMAN RIGHTS COUNCIL

Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, John H. Knox, 19 July 2018, A/73/188 (zitiert: Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, Report 2018)

Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover, 27 April 2010, A/HRC/14/20 (zitiert: Special Rapporteur, Report 2010)

Sonstige Materialien

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS

Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity, A Practitioners' Guide No. 11, Geneva 2016 (zitiert: ICJ, SOGI Refugee Claims)

Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, 22-26 January 1997, in: Human Rights Quarterly Vol. 20 (1998) No. 1 (zitiert: Maastricht Guidelines)

The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, 2-6 June 1986, E/CN.4/1987/17, Annex; in: Human Rights Quarterly, Vol. 9 (1987), S. 122 ff. (zitiert: Limburger Prinzipien)

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN

CEDAW General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health), In 1999, A/54/38/Rev.1, chap. I (zitiert: CEDAW, GC Nr. 24)

CEDAW General Recommendation No. 14: Female Circumcision, 1990, A/45/38 and Corrigendum (zitiert: CEDAW, GC Nr. 14)

UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS

OHCHR, Fact Sheet No. 31, The Right to Health, Geneva June 2008 (zitiert: OHCHR, Right to Health)

Einleitung

I. Ausgangslage

N. leidet an Diabetes und benötigt eine regelmässige Medikamenten- sowie Insulintherapie. Sie ist Äthiopierin und stammt aus dem Tigray. Während des dort herrschenden Bürgerkrieges muss N. sich immer wieder ausweisen, wobei auf ihrer Identitätskarte ersichtlich ist, dass sie aus dem Tigray stammt. In der Folge wird ihr die Herausgabe von Medikamenten wiederholt verweigert. Eines Tages wird N. inhaftiert, wobei sie während ihrer mehrmonatigen Haft die medizinische Behandlung ebenfalls nicht erhält. Ihr Bruder hilft ihr schliesslich bei der Befreiung aus der Haft sowie bei der Flucht aus Äthiopien. N. reicht in der Schweiz ein Asylgesuch ein. Erfüllt sie die Flüchtlingseigenschaft? Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Zusammenhang zwischen Flucht und Gesundheit und mit der Frage, ob und in welchen Konstellationen das Thema Gesundheit Einfluss auf das Bestehen der Flüchtlingseigenschaft haben kann und damit asylrelevant ist.

Diskriminierungen in der Gesundheitsversorgung sind weltweit verbreitet und treten in unterschiedlichen Formen auf. Viele Einzelpersonen und Gruppen werden aufgrund ihres Alters, ihres Geschlechts, ihrer Rasse oder ethnischen Zugehörigkeit, ihres Gesundheitszustands,¹ ihrer Behinderung² oder Anfälligkeit für Krankheiten, ihrer sexuellen Orientierung³ oder Geschlechtsidentität,⁴ ihrer Nationalität, ihres Asyl- oder Migrationsstatus oder ihrer Vorstrafen diskriminiert. Diese Diskriminierungen können in unterschiedlichen Formen auftreten: Sie äussern sich häufig darin, dass einem Individuum oder einer Personengruppe der Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen verweigert wird, während er anderen zur Verfügung steht. Andere Beispiele sind unfreiwillige medizinische Behandlungen, Verletzung der Vertraulichkeit oder Verweigerung einer autonomen Entscheidungsfindung, wenn diese z.B. von der Zustimmung von Eltern, Ehegatten oder Vormündern abhängig gemacht wird.⁵

¹ FAUK/HAWKE/MWANRI/WARD, S. 1 ff.; PANTELIC ET AL., S. 1 ff.

² Zur Abgrenzung der Begriffe «Gesundheit» und «Behinderung» siehe hinten [Kapitel 2 unter I. 2.](#)

³ AYAN BALIK ET AL., S. 58; KCOMT, S. 201 ff.

⁴ ICJ, SOGI Refugee Claims, S. 13 und S. 131 ff.; UNHCR, SOGI, Ziff. 5 und Ziff. 50-54.

⁵ WHO, Joint United Nations statement on ending discrimination in health care settings, 27.6.2017, abrufbar unter: <https://www.who.int/news/item/27-06-2017-joint-united->

Diskriminierung in der Gesundheitsversorgung verstösst gegen grundlegende Menschenrechte,⁶ die in internationalen Verträgen und in nationalen Gesetzen und Verfassungen geschützt sind, vor allem gegen das Recht auf Gesundheit. Dessen zentrale völkerrechtliche Rechtsquelle ist der Internationale Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I).⁷ In dessen Art. 12 Abs. 1 anerkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit. Im Grundsatz beinhaltet dieses Menschenrecht die Pflicht, dass Staaten medizinische Einrichtungen, Güter und Behandlungen für alle Menschen diskriminierungsfrei verfügbar, zugänglich und annehmbar machen. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (nachfolgend: WSK-Ausschuss) ist für die Überwachung der UNO-Pakt I-Rechte zuständig. Zu den notwendigen Elementen für die Verwirklichung des Rechts auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit hat dieser Ausschuss in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 Erläuterungen erlassen. Darin ist z.B. die Verpflichtung enthalten, asylsuchenden Personen gleichberechtigten Zugang zu präventiven, kurativen und palliativen Gesundheitsdienstleistungen zu gewährleisten.⁸ Mehrere Studien haben sich bereits mit der Thematik des Zugangs von Asylsuchenden und Flüchtlingen zu Gesundheitsdienstleistungen befasst.⁹ Dass Menschen, die Krieg und Flucht überlebt haben, sich oftmals in sehr schlechter körperlicher und psychischer Verfassung befinden, liegt auf der Hand. Daher müssen sie umgehend medizinisch

[nations-statement-on-ending-discrimination-in-health-care-settings](#) (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁶ «Menschenrechte lassen sich somit als vom internationalen Recht garantierte Rechtsansprüche von Personen gegen den Staat oder staatenähnliche Gebilde definieren, die dem Schutz grundlegender Aspekte der Person und ihrer Würde in Friedenszeiten und im Krieg dienen.» KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.2. Im Gegensatz dazu werden Grundrechte typischerweise durch nationale Verfassungen gewährt, KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.1.

⁷ SR 0.103.1.

⁸ GC Nr. 14, Ziff. 34.

⁹ Siehe z.B. Bericht des SEM zum Bundesratsbericht in Erfüllung des Postulats 16.3407, Feri, vom 9. Juni 2016: Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen, Bern 19.10.2019; oder Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3407, Feri, vom 9. Juni 2016: Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen, Bern 18.10.2019; Interface-Bericht, Psychische Gesundheit von traumatisierten Asylsuchenden: Situationsanalyse und Empfehlungen, Bericht zuhanden des Bundesamts für Gesundheit, Sektion Gesundheitliche Chancengleichheit, 4.6.2018. Auf globaler Ebene veröffentlicht das UNHCR jährlich einen Gesundheitsbericht betr. die Fragen, wie bzw. inwiefern AsylbewerberInnen und Flüchtlinge Zugang zu Gesundheitsleistungen erhalten: UNHCR, *Access to Healthcare*, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/access-to-healthcare.html> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

versorgt und psychologisch betreut werden.¹⁰ Im schweizerischen Asylverfahren haben schutzsuchende Personen gemäss Art. 26a Abs. 1 AsylG die Pflicht, die für das Asyl- und Wegweisungsverfahren massgeblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen geltend zu machen. Gemäss Abs. 2 desselben Artikels bezeichnet das in der Schweiz für die erstinstanzliche Beurteilung von Asylgesuchen verantwortliche Staatssekretariat für Migration (SEM) die zuständige medizinische Fachperson, um die geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu untersuchen. Weiter obliegt es dem SEM, im Rahmen der vollständigen Sachverhaltsfeststellung selbst weitere Abklärungen hinsichtlich des Gesundheitszustands der Asylsuchenden vorzunehmen.¹¹ Die Gesundheitsversorgung wird dann gemäss Art. 80 Abs. 1 AsylG durch den Bund in Zusammenarbeit mit dem Standortkanton sichergestellt. Dabei geht es darum, dass das Recht auf Gesundheit für die Asylsuchenden während der Zeit, in der sie sich im Asylverfahren befinden, gewährleistet ist. Wie wirksam diese Gesundheitsversorgung ist oder welche Mängel diesbezüglich im Asylverfahren bestehen, ist derweil nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Diese klärt vielmehr die Frage, inwiefern medizinische Gründe bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft relevant sein können.

In der schweizerischen Asylpraxis führen medizinische Gründe allein nicht zur Annahme der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG. Grundsätzlich tritt das SEM gemäss Art. 31a Abs. 3 AsylG auf Asylgesuche, die nur aus medizinischen Gründen eingereicht werden, nicht ein. Medizinische Gründe werden im Asylverfahren in der Regel aber als mögliche Gründe geprüft, die gegen die Zumutbarkeit der Wegweisung einer Person sprechen können (Art. 83 Abs. 4 AIG) und somit zur Anordnung einer vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 AIG führen. In Ausnahmefällen können medizinische Vorbringen bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne von Art. 3 EMRK relevant sein. In der vorliegenden Arbeit werden einschlägige Fälle aus der internationalen Rechtsprechung sowie der Schweizer Praxis dazu vorgestellt. Die Arbeit fokussiert sich jedoch auf die Beantwortung der Frage, ob bzw. wann solche Konstellationen asylrelevant sein können.

Zu denken ist etwa an eine Situation, in der ein HIV-positiver Mann wegen seiner sexuellen Orientierung im Heimatland keinen Zugang zu den von ihm dringend benötigten Medikamenten erhält. Die diskriminierende Verweigerung des Zugangs zu Gesundheitsleistungen für Personen mit HIV, die schwer-

¹⁰ SEITZ, S. 359.

¹¹ Urteil des BVGer E-1953/2019 vom 2.5.2019 oder Urteil des BVGer D-4037/2017 vom 30.11.2017 E. 5 und E. 6.3.

wiegende Konsequenzen für das Leben der Betroffenen mit sich bringt, wird wohl in den meisten Staaten nicht als Verfolgungshandlung angesehen.¹² In der Schweiz würde die Anordnung der vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 AIG geprüft werden, wenn seine Krankheit im Heimatland ohne die entsprechenden Medikamente lebensbedrohlich werden würde. Dadurch könnte seine Wegweisung nicht vollzogen werden.¹³ Ist diese Vorgehensweise sachgerecht oder können Verletzungen des Rechts auf Gesundheit unter gewissen Umständen zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führen?

Die Voraussetzungen zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft finden sich im Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK).¹⁴ Diese Konvention wurde am 28. Juli 1951 in Genf abgeschlossen und ist für die Schweiz am 21. April 1955 in Kraft getreten. Gemäss FK gilt jede Person als Flüchtling,

«[...] die sich [...] aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Heimatlandes befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen will; oder die sich als Staatenlose infolge solcher Ereignisse ausserhalb ihres Wohnsitzstaates befindet und dorthin nicht zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht zurückkehren will.»¹⁵

Der Nachweis einer begründeten Furcht vor Verfolgung stellt das Herzstück der Flüchtlingseigenschaft dar. Dennoch wird der Verfolgungsbegriff in der FK nicht definiert.¹⁶ Die Verfasser der Konvention haben bewusst auf diese Definition verzichtet, weil es nicht möglich war, alle Formen von Menschenrechtsverletzungen zu benennen, die zur Gewährung von internationalem Schutz für die Betroffenen führen würden.¹⁷ Die Herangehensweise, die sich beim Definitionsversuch des Verfolgungsbegriffs in der Asylpraxis vieler Staaten und in der Lehre durchgesetzt hat, ist der sog. *human rights based approach*. Danach wird bei der Beurteilung des Vorliegens einer Verfolgungshandlung

¹² MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 81.

¹³ Siehe z.B. die entsprechenden Ausführungen im Urteil des BVGer F-4918/2020 vom 26.11.2021 E. 4.2.

¹⁴ SR 0.142.30.

¹⁵ Art. 1A Ziff. 2 FK.

¹⁶ GRAHL-MADSEN, S. 193; GOODWIN-GILL/MCADAM, S. 67; HATHAWAY/FOSTER, S. 182; KOURULA, S. 92; UNHCR, Handbuch, Ziff. 51; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 216.

¹⁷ GRAHL-MADSEN, S. 193; HATHAWAY/FOSTER, S. 182 ff.; UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 16. Dies ist aufgrund der dynamischen Natur der internationalen Menschenrechtsverträge unproblematisch, vgl. STOREY, What Constitutes Persecution, S. 277.

Bezug auf internationale Menschenrechtsstandards genommen.¹⁸ Diese menschenrechtsbasierte Auslegung des Verfolgungsbegriffs wurde bisher jedoch nicht in die Asylpraxis der Schweiz übernommen.¹⁹

Im schweizerischen Recht ist in Art. 3 Abs. 1 AsylG die Rede von begründeter Furcht vor ernsthaften Nachteilen, nicht vor Verfolgung. Trotz dieser unterschiedlichen Formulierung besteht keine inhaltliche Abweichung zwischen diesen Begriffen.²⁰ Gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken, als ernsthafte Nachteile. Richtet sich eine Verfolgung gegen ein anderes Rechtsgut als das Leben, den Leib oder die Freiheit eines Menschen, so muss sie so intensiv sein, dass sie einen unerträglichen psychischen Druck zur Folge hat. Sofern dies erfüllt ist, können folglich alle denkbaren Menschenrechtsverletzungen als ernsthafter Nachteil bzw. Verfolgungshandlung eingestuft werden.²¹ Das Vorliegen eines unerträglichen psychischen Drucks ist dann zu bejahen, wenn eine Handlung ein menschenwürdiges Leben im Heimatstaat verunmöglichen würde.²²

Bei der Beurteilung, ob ein ernsthafter Nachteil gegeben ist, werden internationale Menschenrechtsstandards in der schweizerischen Asylpraxis kaum berücksichtigt.²³ Dies kann zu einer unterschiedlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs im Vergleich zu anderen Vertragsstaaten führen. Ausserdem kann es passieren, dass aktuelle Entwicklungen im Menschenrechtsbereich unberücksichtigt bleiben.²⁴ Zudem birgt die fehlende Berücksichtigung internationaler Menschenrechtsstandards die Gefahr, dass die schweizerische Asylpolitik durch politische Einflussnahme verschärft wird.²⁵ Vielmehr sollte sich die Interpretation des Verfolgungsbegriffs auf die internationale Menschenrechtspraxis stützen, da *«die in internationalen Menschenrechtskonventionen*

¹⁸ CARONI ET AL., S. 526 f.; FREI, S. 188; HATHAWAY/FOSTER, S. 9; MOTZ, S. 68 f.

¹⁹ CARONI ET AL., S. 527; FREI, S. 189.

²⁰ Siehe dazu EMARK 2006 Nr. 32, E. 8.2, EMARK 2006 Nr. 18, E. 7; KÄLIN, Grundriss, S. 28; STÖCKLI, N. 14.30. Siehe WERENFELS, S. 60 f. m.w.H. zur Entstehungsgeschichte.

²¹ KÄLIN, Grundriss, S. 59; WERENFELS, S. 192 f.; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.5.2.

²² Botschaft AsylG, S. 783 Ziff. 113.2; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.5.2.; Urteil des BVGer BVGE 2011/16 vom 18.4.2011 E. 5.1; EMARK 2000 Nr. 17, E. 11b).

²³ So verweist das SEM in dessen Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft bei der Erklärung der «ernsthaften Nachteile» und des «unerträglichen psychischen Drucks» nicht auf internationale Menschenrechtsstandards.

²⁴ KAMMERMANN, S. 103.

²⁵ BINDER, S. 112 f.

garantierten Menschenrechte [...] international anerkannte Minimalstandards dar[stellen] für die Beurteilung von Verhaltensweisen, die die Schwelle des Tolerierbaren zur Verfolgung überschritten haben.»²⁶

Doch auch bei der menschenrechtsbasierten Auslegung des Verfolgungsbegriffs bestehen noch einige Unklarheiten: Es stellt sich z.B. die Frage, ob nach dem Menschenrechtsansatz die Gefahr der Verweigerung eines beliebigen Menschenrechts das Risiko einer Verfolgungshandlung darstellen kann. Unproblematisch ist der Fall bei einer drohenden oder bereits eingetroffenen schwerwiegenden Beeinträchtigung für grundlegende bürgerliche und politische Menschenrechte. So stellen Verletzungen des Folterverbots oder das Risiko einer Verletzung des Rechts auf Leben klassische Verfolgungsarten dar.²⁷ Wie sind im Gegensatz dazu Fälle zu behandeln, in denen schutzsuchenden Personen im Heimatland grundlegende wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Rechte (nachfolgend: WSK-Rechte) verwehrt werden? Die traditionelle Sichtweise, wonach WSK-Rechte den bürgerlichen und politischen Rechten unterliegen, gilt mittlerweile als überholt. Obwohl die internationalen Menschenrechte in zwei verschiedenen Pakten verankert wurden, sind beide Kategorien von Menschenrechten gleich bedeutsam und es besteht keine Hierarchie zwischen ihnen.²⁸ Daher ist es zwingend erforderlich, dass die Entscheidungsträger im Flüchtlingsbereich ihre Herangehensweise entsprechend anpassen und nicht mehr einer normativen Hierarchie zwischen Menschenrechtskategorien folgen.²⁹

Die Um- bzw. Durchsetzung sozialer Menschenrechte stellt denn auch eines der Hauptbedenken der gegenwärtigen Menschenrechtsstudien dar.³⁰ Während langer Zeit wurden WSK-Rechte in der Menschenrechtsbewegung vernachlässigt und von Gerichten kaum abgehandelt. Dadurch hatten sie einen unsicheren Status im internationalen Recht der Menschenrechte sowie im öffentlichen Recht vieler Staaten. Mittlerweile scheint jedoch ein Umbruch stattzufinden: So werden WSK-Rechte inzwischen in den meisten Verfassungen der Welt garantiert und von den zentralen Menschenrechtsabkommen erfasst. Ausserdem wird die Justiziabilität dieser Rechte zunehmend anerkannt.³¹

²⁶ BINDER, S. 114 und S. 112.

²⁷ HATHAWAY/FOSTER, S. 208 und S. 211.

²⁸ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 164; OHCHR, *Key concepts on ESCRs – Are economic, social and cultural rights fundamentally different from civil and political rights?* Abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/economic-social-cultural-rights/escr-vs-civil-political-rights> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

²⁹ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 167.

³⁰ Vgl. DE PAZ GONZÁLEZ, S. 1.

³¹ YOUNG, *Introduction*, S. 1. Mehr dazu in [Kapitel 2 unter III. 2.](#)

Die Beziehung zwischen Flüchtlingsrecht und WSK-Rechten lässt jedoch einen Forschungsspielraum offen, weil sie sich auf verschiedene Arten äussert: Zum einen kann die Frage gestellt werden, welche WSK-Rechte Asylsuchende sowie Flüchtlinge geniessen dürfen. Zum anderen ist fraglich, welchen Einfluss WSK-Rechte auf unser Verständnis des Verfolgungsbegriffs haben. Letztere Frage ist Auslöser einer wichtigen Kontroverse, weil sie die gesellschaftlich verbreitete Angst vor «Wirtschaftsmigration» auslöst.³² Dabei wurden sozioökonomische Schäden bereits früh als potenzieller Verfolgungsgrund verstanden.³³ So bemerkte GRAHL-MADSEN schon im Jahr 1966:

*«It seems clear that if a person will be excluded from institutions of learning in his home country for political reasons, this will affect his whole life much more profoundly than a relatively short term of imprisonment.»*³⁴

Doch erst in den letzten Jahrzehnten wurde eine beträchtliche Anzahl von Fällen, in denen es um sozioökonomische Schäden ging, von gerichtlichen und quasi-gerichtlichen Instanzen behandelt. Es existiert jedoch noch kein Fall, in welchem einzig die Verletzung des Rechts auf Gesundheit zur Flüchtlingseigenschaft geführt hätte. In den einschlägigen Fällen wurden neben der aktiven Verweigerung des Zugangs zu medizinischer Versorgung noch andere Menschenrechte verletzt.³⁵ So zeigt die moderne Rechtsprechung immerhin die Fähigkeit von Ansprüchen aus Verletzungen von WSK-Rechten auf, in den Anwendungsbereich des Verfolgungsbegriffs fallen zu können.³⁶ Zudem wird in der Lehre z.T. die Ansicht vertreten, dass die Verweigerung von Gesundheitsversorgung an sich bereits eine Verfolgungshandlung und eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit darstellt.³⁷ Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für die Bejahung des Vorliegens einer Verfolgungshandlung ein andauerndes und

³² FOSTER, *Economic Migrant?* S. 229; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, S. 116.

³³ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 90 f.; HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, S. 116 ff.

³⁴ GRAHL-MADSEN, S. 215.

³⁵ Vgl. z.B. das Urteil des RRT vom 10.6.1994, N94/04178; Urteil des RRT vom 29.11.1995, V5/03396; Urteil des USCA Ninth Circuit *Karouni v. Gonzales* vom 7.3.2005, Nr. 02-72651.

³⁶ FOSTER, *Economic Migrant?* S. 233. Siehe z.B. Urteil des Immigration and Protection Tribunal New Zealand BG (Fiji) vom 20.01.2012, [2012] NZIPT 800091 Ziff. 90 oder das Urteil des Immigration and Protection Tribunal New Zealand AF (Kiribati) vom 25.06.2013, [2013] NZIPT 800413 Ziff. 70.

³⁷ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 227 f. Die Internationale Juristenkommission hielt diesbezüglich fest: «a deliberate failure, on discriminatory grounds, to allocate sufficient resources to medically necessary health care for transgender people may amount to persecution» ICJ, SOGI Refugee Claims, S. 134.

systematisches Risiko von Entzug, Beraubung sowie Verweigerung von notwendiger medizinischer Versorgung verlangt wird.³⁸

Auch das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) hat explizit festgehalten, dass die Verletzung eines WSK-Rechts einer Verfolgung gleichkommen kann, wenn minimale Kernbestandteile dieser Rechte nicht verwirklicht werden können.³⁹ In seinen Richtlinien betreffend Asylansprüche von Kindern betont es, dass der Entzug von WSK-Rechten genau wie die Verletzung von zivilen und politischen Rechten bei der Prüfung eines Asylgesuchs eines Kindes relevant sein kann.⁴⁰ So erklärte das UNHCR, dass die Verweigerung einer medizinischen Behandlung eine Verfolgungshandlung darstellen könne, insbesondere wenn ein betreffendes Kind an einer lebensbedrohlichen Krankheit leide.⁴¹ Bezüglich Ansprüchen, die sich auf die sexuelle Orientierung und/oder Geschlechtsidentität stützen, betonte das UNHCR, dass eine Verfolgung bejaht werden könne im Falle der Verweigerung einer Reihe von WSK-Rechten im Zusammenhang mit dem Recht auf Unterkunft, Bildung sowie Gesundheit.⁴²

WSK-Rechten kommt nach schweizerischem Rechtsverständnis lediglich programmatischer Charakter zu.⁴³ Diese Auffassung wird aus Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I abgeleitet, wonach ein Vertragsstaat «unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten» Massnahmen zu treffen hat, «um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln» die volle Verwirklichung der Vertragsgarantien zu erreichen. Die von der Schweiz im UNO-Pakt I eingegangenen Verpflichtungen gewähren gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine direkt anwendbaren Individualgarantien.⁴⁴ So liegt es denn auch nicht im Sinne des Bundesrates, das Zusatzprotokoll zum UNO-Pakt I zu unterzeichnen.⁴⁵ Dieses ist am 5. Mai 2013 in Kraft getreten und führte die Möglichkeit einer Individualbeschwerde im Falle von Verletzungen von UNO-Pakt I-Rechten ein.⁴⁶ Es ist somit nicht verwunderlich, dass die vom WSK-Ausschuss erlassenen Allge-

³⁸ HATHAWAY/FOSTER, S. 238.

³⁹ UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 35.

⁴⁰ UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 14.

⁴¹ UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 35 mit Verweis auf das Urteil des RRT vom 10.6.1994, N94/04178.

⁴² UNHCR, Richtlinien Nr. 9, Ziff. 24.

⁴³ Siehe z.B. in BGE 135 I 161 E. 2.2 S. 163; BGE 126 I 240 E. 2c S. 242 f. sowie das Grundsatzurteil BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 11 f.

⁴⁴ Vgl. z.B. BGE 123 II 472 E. 4d S. 478; BGE 139 I 257 E. 6 S. 264; BGE 126 I 240 E. 2c S. 242 f.

⁴⁵ So die Antwort des Bundesrates vom 14.6.2021 auf die Frage von Nationalrätin Sibel Arslan vom 9.6.2021 (21.7617).

⁴⁶ Vgl. Art. 2 Zusatzprotokoll zum UNO-Pakt I.

meinen Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen kaum in die Argumentation des in der Schweiz für Beschwerden im Bereich des Asylrechts zuständigen Bundesverwaltungsgerichts (nachfolgend: BVGer) fliessen – auch nicht die Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 betreffend das Recht auf Gesundheit. Zudem fehlt es in der schweizerischen flüchtlingsrechtlichen Forschung an einer umfassenden Studie zum Thema der Verletzung von WSK-Rechten im Zusammenhang mit der Flüchtlingseigenschaft. Aus diesem Grund nimmt sich die vorliegende Arbeit dieser Frage an und fokussiert sich dabei auf das Recht auf Gesundheit.

II. Forschungsfrage, Gliederung und Ziel der Arbeit

In der vorliegenden Arbeit wird die Frage untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung des Rechts auf Gesundheit eine Verfolgung darstellt und zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führt. Zur Beantwortung dieser Frage wird die Arbeit in fünf Kapitel gegliedert.

Im [ersten Kapitel](#) wird der Zusammenhang zwischen Gesundheit und Flucht aufgezeigt. Von zentraler Bedeutung in diesem Kontext ist das Refoulementverbot, das bei der Überprüfung der potenziellen Wegweisung von schwer kranken Personen stets zu berücksichtigen ist. Diesbezüglich werden die einschlägige Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie der UNO-Ausschüsse zur Kinderrechts- und Behindertenrechtskonvention und schliesslich die Schweizer Praxis dargelegt. Dabei wird der Fokus auf gesundheitsrechtliche Aspekte gelegt. In diesem Kapitel wird auch beleuchtet, in welchen Konstellationen betreffende Personen nicht weggewiesen werden dürfen, da sonst das Refoulementverbot verletzt würde. Dadurch wird die Abgrenzung zu jenen gesundheitsrechtlichen Fällen deutlich, die flüchtlingsrechtlich relevant sind.

Anschliessend wird im [zweiten Kapitel](#) der normative Inhalt des Rechts auf Gesundheit dargelegt. Es werden die entsprechenden Staatenpflichten erläutert, bevor die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit thematisiert wird. Dabei werden die einschlägigen Praxen zweier regionaler Menschenrechtsgremien (betreffend Afrika und Europa) und verschiedener UNO-Menschenrechtsgremien sowie schliesslich die diesbezügliche Schweizer Praxis untersucht. In diesem Kapitel werden sodann jene Aspekte des Rechts auf Gesundheit herauskristallisiert, die für den Asylkontext relevant sind.

Das [dritte Kapitel](#) ist zuerst der Darstellung der allgemeinen Elemente des Flüchtlingbegriffs gewidmet. Der Fokus liegt auf dem Kernelement des Flücht-

lingsbegriffs: der begründeten Furcht vor Verfolgung aufgrund eines Verfolgungsmotivs. Dabei wird bei denjenigen Voraussetzungen ein Konnex zu den Aspekten des Rechts auf Gesundheit gezogen, bei denen dies relevant ist. Zudem werden die diesbezüglich einschlägigen Lehrmeinungen untersucht.

Im [vierten Kapitel](#) werden einschlägige Fälle von nationalen Flüchtlingsbehörden und Gerichten präsentiert. Dadurch wird ersichtlich, in welchen Fällen von Verletzungen des Rechts auf Gesundheit eine Verfolgungshandlung bejaht wird. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die angelsächsische Rechtsprechung, da diese bereits Verletzungen von WSK-Rechten im Asylkontext behandelt hat. Schliesslich wird in diesem Kapitel mithilfe praktischer Fälle aufgezeigt, in welchen Situationen mit dem Recht auf Gesundheit als *lex specialis* zu argumentieren ist.

Die Arbeit endet im [fünften Kapitel](#) mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse und Schlussfolgerungen für die schweizerische Asylpraxis. Die Arbeit zeigt auf, aus welchen Gründen und in welchen Fällen es sachgerecht ist, dass Verletzungen des Rechts auf Gesundheit eine Gefährdung des Leibes und des Lebens darstellen und somit als ernsthafter Nachteil i.S.v. Art. 3 Abs. 2 AsylG zu gelten haben, die zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führen können.

§ 1 Flucht und Gesundheit

Menschen fliehen aus unterschiedlichen Gründen, um in anderen Ländern um Asyl zu ersuchen. Millionen von Menschen fliehen vor bewaffneten Konflikten oder anderen Krisen und Gewalt. So stammten im Jahr 2024 etwas mehr als ein Drittel aller weltweit gewaltsam vertriebenen Menschen aus dem Sudan (14.3 Millionen), Syrien (13.5 Millionen), Afghanistan (10.3 Millionen) und der Ukraine (8.8 Millionen).⁴⁷ Andere sehen sich gezwungen, ihren Heimatstaat zu verlassen und internationalen Schutz zu suchen, weil sie wegen ihrer Religion, Sexualität oder politischen Ansichten schwere Menschenrechtsverletzungen befürchten.⁴⁸

Vorliegend interessiert die Frage, ob bzw. inwiefern gesundheitliche Probleme Menschen dazu bewegen, aus ihrem Heimatstaat auszureisen und in einem anderen Staat Schutz zu suchen. Um die Relevanz der Thematik dieser Arbeit zu verdeutlichen, wird der Zusammenhang zwischen Gesundheit und Flucht im vorliegenden Kapitel näher erläutert. Dabei wird insbesondere das Refoulementverbot zentral beleuchtet, da in diesem Zusammenhang regelmässig gesundheitsrechtliche Aspekte berücksichtigt werden müssen. Dazu wird die einschlägige Praxis des EGMR, des UNO-Kinderrechts- und -Behindertenrechtsausschusses sowie die entsprechende Schweizer Praxis erläutert.

I. Zusammenhang Flucht und Gesundheit

Die Zahl der Menschen, die weltweit aufgrund von Verfolgung, Konflikten, Gewalt und Menschenrechtsverletzungen aus ihrer Heimat flohen, stieg im Jahr 2024 auf rekordartige 123.2 Millionen.⁴⁹ Die WHO schätzt, dass die Zahl der Personen, die auf der Flucht sind, wegen Armut, mangelnder Sicherheit, fehlendem Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen, Konflikten sowie Umweltzerstörung und -katastrophen zunehmen wird.⁵⁰ Insbesondere die globale Erwärmung und Umweltfaktoren scheinen heute wichtige Ursachen der welt-

⁴⁷ UNHCR, Global Trends 2024, S. 6.

⁴⁸ Amnesty International, *Refugees, Asylum Seekers and Migrations*, abrufbar unter: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/refugees-asylum-seekers-and-migrants/> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁴⁹ UNHCR, Global Trends 2024, S.6.

⁵⁰ WHO, *Refugee and Migrant Health*, 2.5.2022, abrufbar unter: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/refugee-and-migrant-health> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

weiten Migration und Vertreibung zu sein.⁵¹ Denn eine klimawandelbedingte Katastrophe hat oftmals zur Folge, dass angemessene Nahrung, Trinkwasser oder Gesundheitsversorgung nicht verfügbar sind.⁵² Somit stellt die Umweltveränderung eine Gefahr der Beeinträchtigung oder Verletzung verschiedener Menschenrechte, u.a. des Rechts auf Gesundheit, dar.⁵³ Darin liegt somit einer der Zusammenhänge zwischen Flucht und Gesundheit.

Ein weiterer Zusammenhang zwischen Gesundheit und Flucht besteht in jenen Fällen, in denen schwer kranke Personen ihr Heimatland verlassen, weil sie die von ihnen benötigte medizinische Behandlung nicht erhalten. Die Betroffenen machen dabei beispielsweise geltend, dass ihnen die finanziellen Mittel für die notwendige medizinische Versorgung im Heimatland fehlen, oder dass die Behandlung gar nicht vorhanden ist.⁵⁴ Medikamentenknappheit ist denn auch einer der Gründe, weshalb z.B. Menschen aus Venezuela fliehen.⁵⁵ So erklärte ein 33-jähriger indigener Warao aus dem Delta Amacuro in Venezuela:

*«When my nine-month-old daughter died because of the lack of medicines, doctors or treatment, I decided to take my family out of Venezuela before another one of my children died. Diseases were getting stronger than us. I told myself, either we leave or we die.»*⁵⁶

Ein weiteres bekanntes Phänomen im Zusammenhang mit fehlenden medizinischen Leistungen sind Asylgesuche, die von schwer kranken Personen aus Georgien eingereicht werden.⁵⁷ In der Schweiz befanden sich per 31. Oktober 2023 636 Personen aus Georgien im Asylverfahren.⁵⁸ Ihr Hauptanliegen ist die medizinische Behandlung in der Schweiz, wobei die Anerkennungsquote von

⁵¹ EPINEY, S. 388; KÄLIN, Migration, S. 800; Nansen Initiative, S. 11 f. und S. 21. Zur vertieften Diskussion zum Thema Umweltvertriebene im flüchtlingsrechtlichen Kontext siehe die Dissertation von DIEZIG.

⁵² KÄLIN/SCHREPPEL, S. 32.

⁵³ DIEZIG, S. 261; KÄLIN/SCHREPPEL, S. 5.

⁵⁴ Dies wurde z.B. im Urteil des BVGer E-708/2022 vom 23.3.2022 so geltend gemacht, siehe unter Buchstabe H. beim Sachverhalt.

⁵⁵ UNHCR, Global Trends 2018, S. 24.

⁵⁶ UNHCR, Global Trends 2018, S. 26.

⁵⁷ Interpellation Buffat, Den «Krankentourismus» überwachen, 20.12.2019 (19.4575). Dieses Phänomen ist z.B. auch in Frankreich bekannt, vgl. Open Caucasus Media, 'Here you are nobody': Georgians struggle to receive asylum in France, 7.11.2019, abrufbar unter: <https://oc-media.org/features/here-you-are-nobody-georgians-struggle-to-receive-asylum-in-france/> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁵⁸ SEM, Asylstatistik Oktober 2023.

solchen Gesuchen bei 0 % liegt.⁵⁹ Der Grund liegt darin, dass das SEM gemäss Art. 31a Abs. 3 AsylG u.a. dann nicht auf Asylgesuche eintritt, wenn diese ausschliesslich aus medizinischen Gründen eingereicht werden. Die Anzahl der Fälle hat sodann in letzter Zeit abgenommen. So befanden sich per 30. April 2024 noch 557 Personen aus Georgien im Asylverfahren.⁶⁰

In anderen Fällen wäre die notwendige medizinische Versorgung zwar vorhanden, sie wird einer Person jedoch aufgrund ihrer Behinderung verweigert.⁶¹ Dies kann in der Folge zum Ausreiseentschluss führen. Ein Beispiel hierfür ist der Fall *Tchoukhrova gegen Gonzalez*: Einem russischen Jungen, der an zerebraler Kinderlähmung litt, wurde in Russland die medizinische Behandlung verweigert. Deswegen reisten seine Eltern mehrmals mit ihm in die USA, damit er dort die notwendige medizinische Versorgung erhalten konnte. Diese Behandlungen ermöglichten ihm zum ersten Mal in seinem Leben das Gehen. Sie kehrten jedoch stets wieder nach Russland zurück. Nach zehn Jahren, in denen der Junge sowie auch seine Eltern wegen dessen Behinderung in Russland diskriminiert wurden, entschlossen sie sich, in den USA ein Asylgesuch einzureichen, letztlich erfolgreich.⁶² Diese Konstellationen stellen das Kernstück der vorliegenden Arbeit dar, da in solchen Fällen eine Menschenrechtsverletzung aufgrund eines Verfolgungsmotivs droht.⁶³

Ein weiterer Grund zur Flucht kann in bereits erfolgten oder drohenden Gesundheitsschädigungen liegen. Ein Beispiel hierfür sind Frauen und Mädchen, die dazu gezwungen wurden, sich einer Genitalverstümmelung (FGM, *female genital mutilation*) zu unterziehen, oder denen dies noch bevorsteht. Im Jahr 2017 hat das UNHCR diesbezüglich eine extensive Statistik erhoben. In diesem

⁵⁹ SEM, Die Schweiz und Georgien verstärken ihre Zusammenarbeit im Migrationsbereich, 17.9.2019, abrufbar unter: <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2019/2019-09-17.html> (zuletzt besucht am 18.12.2025). Siehe auch, SRF, Kosten im Gesundheitssystem, Asylgesuche von Schwerkranken kommen ausschliesslich aus Georgien, 8.8.2024, abrufbar unter: <https://www.srf.ch/news/schweiz/kosten-im-gesundheitssystem-asylgesuche-von-schwerkranken-kommen-ausschliesslich-aus-georgien> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁶⁰ SEM, Asylstatistik April 2024.

⁶¹ Menschen mit Behinderungen werden bei der Inanspruchnahme angemessener Gesundheitsdienstleistungen in der EU und weltweit immer noch stark diskriminiert, siehe Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Denied the right to health: persons with disabilities have more difficulty accessing healthcare*, 10.3.2023, abrufbar unter: <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/news/denied-right-health-persons-disabilities-have-more-difficulty-accessing-healthcare> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁶² Siehe Urteil des USCA for the Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129. Mehr zu diesem Fall in [Kapitel 4 unter I. 1. C.](#)

⁶³ Siehe dazu ausführlich in [Kapitel 3 unter III. 1. C. a\)](#) und [Kapitel 4 unter I.](#)

Jahr haben 66'000 Frauen und Mädchen aus Ländern, in denen FGM praktiziert wird, in Europa Asyl beantragt.⁶⁴ Gemäss dem UNHCR kann sowohl eine bereits erfolgte als auch eine drohende FGM zur Anerkennung der Flüchtlingeigenschaft führen.⁶⁵ Diese Praxis verfolgt auch das BVGer.⁶⁶

Die aufgeführten Beispiele verdeutlichen die denkbaren Konstellationen, in denen Menschen aufgrund schwerwiegender Auswirkungen auf ihre Gesundheit ihren Heimatstaat verlassen, um anderswo Schutz zu erhalten. Dabei kann es sich um bereits erlittene oder noch drohende Gesundheitsschäden handeln. Eine gute Gesundheit – oder vielmehr das Vorliegen einer funktionierenden medizinischen Infrastruktur – ist somit einer der Faktoren, der Vertreibung, Migration und Flucht verhindern kann.⁶⁷

II. Zusammenhang des menschenrechtlichen Refoulementverbots und Gesundheit

Die Frage der Anwendbarkeit des Refoulementverbots stellt sich bei der potenziellen Wegweisung von schwerkranken Personen, wenn in ihrem Herkunftsland die notwendige medizinische Versorgung fehlt. Im Schweizer Asylverfahren werden medizinische Gründe denn auch regelmässig unter dem Aspekt der Zumutbarkeit der Wegweisung geprüft.

Da sich diese Arbeit auf das Recht auf Gesundheit beschränkt, wird das Refoulementverbot lediglich im Kontext von medizinischen Fragestellungen untersucht. In einem ersten Schritt folgt die Begriffserklärung, bevor im zweiten Schritt die Bedeutung dieses Prinzips in medizinischen Fragestellungen beleuchtet wird.

1. Begriffserklärung

Das Refoulementverbot schützt Personen davor, in ein Land weggewiesen zu werden, in welchem ihnen Verfolgung oder sonstige schwerwiegende Misshandlungen drohen. Das Refoulementverbot beschränkt somit die staatliche Berechtigung, ausländische Personen aus ihrem Staatsgebiet wegzuweisen.⁶⁸

⁶⁴ UNHCR, Too Much Pain, S. 2.

⁶⁵ UNHCR, Guidance FGM, Ziff. 1.

⁶⁶ Siehe dazu das Grundsatzurteil des BVGer 2014/27 bzw. E-1425/2014 vom 6.8.2014 mit Verweis auf die Praxis des UNHCR in E. 5.4-5.6.

⁶⁷ Vgl. DIEZIG, S. 250.

⁶⁸ DE WECK, S. 1; HAMDAN, S. 1; KÄLIN, Non-Refoulement, S. 12.

Der Zweck des Refoulementverbots liegt folglich in der Verhinderung von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen. Dadurch wird den Staaten die Verantwortung auferlegt, ein Individuum keinem derartigen Risiko auszusetzen.⁶⁹ Dabei wird zwischen dem flüchtlingsrechtlichen und dem menschenrechtlichen Refoulementverbot unterschieden.

Das flüchtlingsrechtliche Refoulementverbot ist in Art. 33 FK enthalten und ist nur auf Personen anwendbar, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Sie sind durch das Refoulementverbot vor Wegweisungen in Staaten geschützt, in denen ihnen Verfolgung aufgrund ihrer Rasse, Religion, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Überzeugung drohen würde.⁷⁰ Das flüchtlingsrechtliche Refoulementverbot ist mit Art. 25 Abs. 2 BV verfassungsrechtlich verankert. Danach dürfen Flüchtlinge nicht in einen Staat ausgeschafft oder ausgeliefert werden, in dem sie verfolgt werden. Davon geschützt sind auch asylsuchende Personen, bis über ihren Status entschieden wurde. Zudem gehört dieses Verbot nach schweizerischem Verständnis zum zwingenden Völkerrecht.⁷¹ Dabei schützt das flüchtlingsrechtliche Refoulementverbot insbesondere auch jene Flüchtlinge, die kein Asyl erhalten. Dadurch stellt das Refoulementverbot *«ein eigenständiges Instrument zum Schutz der Flüchtlinge»* dar.⁷²

Das menschenrechtliche Refoulementverbot schützt Personen vor der Wegweisung in ein Land, in dem ihnen eine fundamentale Menschenrechtsverletzung, Folter oder andere unmenschliche oder erniedrigende Behandlung bzw. Bestrafung drohen würde. Dieser Schutz besteht unabhängig davon, ob die menschenrechtswidrige Behandlung aufgrund eines Verfolgungsmotivs erfolgen würde oder nicht. Entscheidend ist, dass im Falle einer Wegweisung fundamentale Rechte der betreffenden Person verletzt würden.⁷³ Die Rechtsgrundlagen des menschenrechtlichen Refoulementverbots sind auf internationaler Ebene in Art. 3 Abs. 1 Folterkonvention⁷⁴ und Art. 7 UNO-Pakt II enthalten. Auf regionaler Ebene ist das Refoulementverbot über das Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung nach Art. 3 EMRK garantiert.⁷⁵

⁶⁹ WOUTERS, S. 25.

⁷⁰ CARONI ET AL., S. 71; HAMDAN, S. 38; KÄLIN, Non-Refoulement, S. 4 f.; PROGIN-THEUERKAUF/GORDZIELIK, S. 261.

⁷¹ CARONI ET AL., S. 71.

⁷² KÄLIN, Non-Refoulement, S. 11.

⁷³ CARONI ET AL., S. 60 ff.; KÄLIN, Non-Refoulement, S. 5 f.

⁷⁴ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105).

⁷⁵ DE WECK, S. 1 f.

Bei Vorliegen stichhaltiger Gründe, dass eine Person im Zielland konventionswidrig behandelt würde, wäre gemäss EGMR Art. 3 EMRK verletzt. Somit muss im Zielland das Risiko einer schwerwiegenden Menschenrechtsverletzung drohen, damit das menschenrechtliche Refoulementverbot greifen würde.⁷⁶ Demgegenüber muss nach Praxis des UNO-Ausschusses gegen Folter im Zielland Folter drohen, damit das Refoulementverbot nach Art. 3 Abs. 1 Folterkonvention zur Anwendung kommt.⁷⁷ Schliesslich ist das menschenrechtliche Refoulementverbot auf Schweizer Verfassungsebene in Art. 25 Abs. 3 BV normiert.

2. Bedeutung des Refoulementverbots in medizinischen Fällen

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit ist die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob Verletzungen des Rechts auf Gesundheit unter diejenigen Menschenrechtsverletzungen fallen können, die den Schutz des Refoulementverbots auslösen. Der Fokus wird somit auf das menschenrechtliche Refoulementverbot gelegt. Nachfolgend werden die diesbezüglich einschlägige Rechtsprechung des EGMR sowie des UNO-Kinderrechts- und des UNO-Behindertenrechtsausschusses vorgestellt. Anschliessend wird die Schweizer Praxis hierzu beleuchtet. Es werden ausgewählte Urteile besprochen, denen relevante Aussagen zum Recht auf Gesundheit entnommen werden können.⁷⁸

A. Praxis des EGMR

Nach Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Diese Bestimmung steht der Wegweisung einer Person dann entgegen, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass die betreffende Person im Falle einer Wegweisung tatsächlich Gefahr läuft, einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden Behandlung unterworfen zu werden.⁷⁹ Nachfolgend werden die wichtigsten Fälle des EGMR vorgestellt, in denen Beschwerdeführende – teilweise erfolgreich – argumentierten, dass ihre Rückführung in das Zielland aufgrund der dort unzureichenden bzw. fehlenden medizinischen Behandlung unzulässig sei.

⁷⁶ CARONI ET AL., S. 61 ff.; DE WECK, S. 17 f.

⁷⁷ CARONI ET AL., S. 67; DE WECK, S. 41.

⁷⁸ Für die eingehende Diskussion zur Refoulement-Praxis des EGMR sowie des UNO-Ausschusses gegen Folter siehe die Dissertationen von DE WECK und diejenige von HAMDAN.

⁷⁹ Siehe z.B. Urteil des EGMR *Saadi gegen Italien* vom 28.2.2008, Nr. 37201/01, Ziff. 125 mit Verweis auf das Urteil des EGMR *Soering gegen das Vereinigte Königreich* vom 7.7.1989, Nr. 14038/88.

a) *D. gegen das Vereinigte Königreich*

Die Geltendmachung von Gesundheitsbedürfnissen kann in extremen Fällen den Schutz vor einer Wegweisung nach Art. 3 EMRK auslösen. Im Jahr 1997 wurde dies vom EGMR im Fall *D. gegen das Vereinigte Königreich* erstmals bejaht.⁸⁰ Es ging um die geplante Wegweisung des an AIDS im Endstadium erkrankten Beschwerdeführers in sein Herkunftsland St. Kitts. Der EGMR hielt fest, dass die Wegweisung einer schwerkranken Person dann als unmenschliche Behandlung unter das Refoulementverbot fallen kann, wenn im Zielstaat keine Behandlung und Betreuung existieren und sich der Gesundheitszustand dadurch massiv verschlechtern würde. Im vorliegenden Fall war unbestritten, dass sich der Beschwerdeführer in einem fortgeschrittenen Stadium einer unheilbaren Krankheit befand. Die eingeschränkte Lebensqualität genoss er zum damaligen Zeitpunkt dank der im Vereinigten Königreich hochentwickelten medizinischen Behandlung. Zudem wurde er beraten, wie er mit dem Tod umgehen soll, und er hat Beziehungen zu den Personen aufgebaut, die ihn pflegten. Der abrupte Entzug dieser Behandlungen durch eine Wegweisung nach St. Kitts hätte dramatische Folgen für ihn gehabt. In St. Kitts würde die ernste Gefahr bestehen, dass durch die dort vorherrschenden Umstände seine ohnehin begrenzte Lebenserwartung noch weiter verringert würde und er akuten psychischen und physischen Leiden ausgesetzt wäre. Er habe möglicherweise einen Cousin in St. Kitts, doch es sei nicht nachgewiesen worden, ob diese Person bereit oder in der Lage wäre, sich um die Bedürfnisse eines unheilbar kranken Mannes zu kümmern. Es gäbe zudem keine Beweise für irgendeine andere Form der moralischen oder sozialen Unterstützung. Es sei auch nicht nachgewiesen worden, ob ihm ein Bett in einem der Krankenhäuser auf der Insel garantiert würde, die sich nach Angaben der Regierung um AIDS-Patientinnen und -Patienten kümmern. Somit hätte er in St. Kitts keine Unterkunft, keine familiäre, moralische oder finanzielle Unterstützung und keinen Zugang zu angemessener medizinischer Behandlung erhalten. Seine bereits reduzierte Lebenserwartung hätte sich dadurch weiter verkürzt bzw. der Eintritt seines Todes hätte sich beschleunigt. In Anbetracht dieser aussergewöhnlichen Umstände und der zwingenden humanitären Erwägungen, die auf dem Spiel standen, kam der EGMR zum Schluss, dass die Durchführung der Wegweisung Art. 3 EMRK verletzen würde.⁸¹

⁸⁰ Urteil des EGMR *D. gegen das Vereinigte Königreich* vom 2.5.1997, Nr. 30240/96.

⁸¹ *Ibid.*, *D. gegen das Vereinigte Königreich*, Ziff. 51-59. Die Praxis wurde bestätigt im Urteil des EGMR *Bensaid gegen das Vereinigte Königreich* vom 6.2.2001, Nr. 44599/98 betreffend die Wegweisung eines an Schizophrenie erkrankten Algeriers. Der EGMR stellte fest, dass die Gefahr, dass sich der Zustand des Beschwerdeführers bei einer Rückführung nach Al-

b) N. gegen das Vereinigte Königreich

Die vorgehend wiedergegebene Praxis wurde vom EGMR im Jahr 2008 bestätigt. Zur Diskussion stand die Durchführbarkeit der Wegweisung einer an HIV erkrankten Beschwerdeführerin nach Uganda. Der EGMR hielt dazu fest:

«Aliens who are subject to expulsion cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory of a Contracting State in order to continue to benefit from medical, social or other forms of assistance and services provided by the expelling State. The fact that the applicant's circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to a breach of Article 3. The decision to remove an alien who is suffering from a serious mental or physical illness to a country where the facilities for the treatment of that illness are inferior to those available in the Contracting State may raise an issue under Article 3, but only in a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling.»⁸²

Eine Person, die aus einem Vertragsstaat weggewiesen werden soll, hat somit grundsätzlich keinen Anspruch auf Verbleib in diesem Staat, um weiterhin medizinische, soziale oder andere Formen der Unterstützung und Dienstleistungen erhalten zu können. Die Wegweisung einer Person, die an einer schweren geistigen oder körperlichen Krankheit leidet, verstößt nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände gegen Art. 3 EMRK. Der EGMR rechtfertigte die hohe Schwelle der Anwendbarkeit von Art. 3 EMRK damit, dass der künftige Schaden nicht durch vorsätzliche Handlungen oder Unterlassungen von Behörden oder nichtstaatlichen Institutionen entstehen würde. Vielmehr wäre der Schaden auf eine natürlich auftretende Krankheit und den Mangel an ausreichenden Mitteln zu ihrer Behandlung im Aufnahmeland zurückzuführen.⁸³ Der EGMR betonte, dass durch die Fortschritte in der medizinischen Wissenschaft sowie durch die sozialen und wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den Staaten das Niveau der verfügbaren Behandlungen erheblich variieren könne. Jedoch verpflichtete Art. 3 EMRK die Staaten nicht dazu, solche Unterschiede durch die Bereitstellung einer kostenlosen und unbegrenzten medizinischen Versorgung für alle ausländischen Personen ohne Aufenthaltsrecht in

gerien verschlechtern würde und dass er in diesem Fall keine angemessene Unterstützung oder Pflege erhalten würde, weitgehend spekulativ sei. Aufgrund der fehlenden aussergewöhnlichen Umstände lag keine Verletzung von Art. 3 EMRK vor, siehe Ziff. 39 ff.

⁸² Urteil des EGMR N. gegen das Vereinigte Königreich (Grosse Kammer) vom 27.5.2008, Nr. 26565/05, Ziff. 42.

⁸³ Ibid., N. gegen das Vereinigte Königreich, Ziff. 43.

ihrem Hoheitsgebiet auszugleichen.⁸⁴ Im vorliegenden Fall vertrat der EGMR die Ansicht, dass die Lebensqualität und Lebenserwartung der Beschwerdeführerin in Uganda zwar beeinträchtigt wären. Sie war jedoch zum damaligen Zeitpunkt nicht schwer krank. Wie schnell sich ihr Zustand verschlechtern würde und inwieweit sie Zugang zu medizinischer Behandlung, Unterstützung und Pflege, einschliesslich der Hilfe von Verwandten, erhalten würde, sei mit einem gewissen Mass an Spekulation verbunden. So kam der EGMR zum Schluss, dass in Uganda keine aussergewöhnlichen Umstände vorlagen, wie dies im Fall *D. gegen das Vereinigte Königreich* der Fall war. Somit würde die Wegweisung Art. 3 EMRK nicht verletzen.⁸⁵

c) *Paposhvili gegen Belgien*

Im Leitentscheid *Paposhvili gegen Belgien* ging es um einen georgischen Staatsangehörigen, der seit 1998 in Belgien lebte und nach seinem abgelehnten Asylgesuch während mehrerer Jahre erfolglos versuchte, eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Er wurde mehrmals wegen strafrechtlicher Delikte zu Freiheitsstrafen verurteilt und sollte daher aus Belgien weggewiesen werden. Er litt unter chronischer lymphatischer Leukämie, Hepatitis C und Tuberkulose.⁸⁶ Der Beschwerdeführer machte sodann geltend, dass er in Georgien die von ihm benötigten Medikamente nicht erhalten würde. Dadurch würde sich im Falle einer Wegweisung sein Gesundheitszustand rapide verschlechtern. Nach Ansicht der Kammer des EGMR war sein Gesundheitszustand jedoch stabil und die Medikamente seien in Georgien grundsätzlich verfügbar, auch wenn der Zugang nicht garantiert sei. Es würden keine aussergewöhnlichen Umstände, wie gemäss Urteil *N. gegen das Vereinigte Königreich* verlangt, vorliegen. Somit sei seine Wegweisung zulässig.⁸⁷

Die Grosse Kammer des EGMR präzierte in der Folge, dass eine Wegweisung nicht erst dann gegen Art. 3 EMRK verstösst, wenn eine schwerkranke Person im Zielstaat dem Risiko eines baldigen Todes ausgesetzt wäre. Als ausserge-

⁸⁴ Ibid., *N. gegen das Vereinigte Königreich*, Ziff. 44.

⁸⁵ Ibid., *N. gegen das Vereinigte Königreich*, Ziff. 50 f. Die Praxis wurde z.B. erneut bestätigt im Urteil des EGMR *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien* vom 20.12.2011, Nr. 10486/10, wo der EGMR ebenfalls zum Schluss kam, dass der Gesundheitszustand der an HIV erkrankten Beschwerdeführerin, die nach Kamerun weggewiesen werden sollte, stabil war, sie sich somit nicht in einem kritischen Zustand befand und zudem reisefähig war, vgl. Ziff. 83. Damit lag keine Verletzung von Art. 3 EMRK vor, vgl. Ziff. 85.

⁸⁶ Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* (Grosse Kammer) vom 13.12.2016, Nr. 41738/10, Ziff. 12-52.

⁸⁷ Ibid., *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 135-138.

wöhnlich gilt ein Fall bereits dann, wenn sich der Gesundheitszustand einer Person im Falle einer Wegweisung aufgrund fehlender angemessener Behandlungsmöglichkeiten oder des fehlenden Zugangs zu solchen Behandlungen im Zielstaat schwer, rasch und irreversibel verschlechtern würde. Dies würde in der Folge zu intensivem Leiden oder einer erheblichen Verkürzung der Lebenserwartung führen.⁸⁸ Der EGMR betonte, dass es dem wegweisenden Staat obliegt, eine geltend gemachte Gefahr genau zu überprüfen. Bei dieser Prüfung sind allgemeine Quellen, wie beispielsweise Berichte der WHO oder angesehener Nichtregierungsorganisationen sowie ärztliche Bescheinigungen über den Gesundheitszustand der betreffenden Person, zu beachten.⁸⁹ Die Behörden des wegweisenden Staates müssen überprüfen, ob die im Aufnahmestaat allgemein verfügbare Versorgung für die Behandlung der jeweiligen Krankheit ausreichend und in der Praxis geeignet ist, um eine gegen Art. 3 EMRK verstossende Behandlung zu verhindern. Weiter gilt es zu prüfen, inwieweit die betreffende Person im Aufnahmestaat tatsächlich Zugang zu dieser Betreuung und den Gesundheitseinrichtungen hat. Schliesslich sind auch die Kosten der Medikamente und der Behandlung, das Vorhandensein eines sozialen und familiären Netzes und die für den Zugang zu der erforderlichen Versorgung zurückzulegende Entfernung zu berücksichtigen.⁹⁰ Bestehen nach dieser Prüfung ernsthafte Zweifel an den Auswirkungen der Wegweisung auf die Betroffenen, so muss der wegweisende Staat vom Aufnahmestaat individuelle und ausreichende Zusicherungen einholen. Der Aufnahmestaat muss garantieren, dass den Betroffenen eine angemessene Behandlung zur Verfügung steht und zugänglich ist, damit sie sich nicht in einer Situation wiederfinden, die gegen Art. 3 verstösst.⁹¹ Die Grosse Kammer kam zum Schluss, dass die belgischen Behörden diese Abklärungen nicht getroffen haben und die Wegweisung des Beschwerdeführers, der am 7. Juni 2016 verstorben war, somit Art. 3 EMRK verletzt hätte.⁹²

⁸⁸ Ibid., *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 183.

⁸⁹ Ibid., *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 187.

⁹⁰ Ibid., *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 189 f.

⁹¹ Ibid., *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 191 mit Verweis auf das Urteil des EGMR *Tarakhel gegen die Schweiz* (Grosse Kammer) vom 4.11.2014, Nr. 29217/12, Ziff. 120.

⁹² Ibid., *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 205 f.

d) *Savran gegen Dänemark*

Diese Praxis wurde im Jahr 2021 im Leitentscheid *Savran gegen Dänemark* erneut bestätigt.⁹³ Der Fall betraf einen türkischen Staatsangehörigen, der im Alter von sechs Jahren im Rahmen eines Familiennachzugs nach Dänemark reiste. Wegen schwerer Straffälligkeit wurde er 2015 in die Türkei ausgeschafft, obwohl er an paranoider Schizophrenie litt.⁹⁴ Der Beschwerdeführer machte vor dem EGMR geltend, dass es die für ihn notwendige Behandlung in der Türkei nicht gäbe bzw. diese *de facto* für ihn nicht verfügbar wäre.⁹⁵ Obwohl Schizophrenie eine schwere psychische Krankheit darstellt, kam der EGMR zum Schluss, dass dieser Zustand als solcher nicht ausreiche, um die Schwelle von Art. 3 EMRK zu erreichen. Der Beschwerdeführer sei durch die Wegweisung in die Türkei nicht einer schweren, raschen und irreversiblen Verschlechterung seines Gesundheitszustands ausgesetzt gewesen, die zu schwerem Leiden geführt habe, geschweige denn zu einer erheblichen Verkürzung der Lebenserwartung. Seine Wegweisung stellte somit keine Verletzung von Art. 3 EMRK dar.⁹⁶

e) *Fazit zur Praxis des EGMR bei fehlender medizinischer Behandlung im Zielstaat*

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Wegweisung einer schwerkranken Person gemäss aktueller Praxis des EGMR bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände gegen Art. 3 EMRK verstösst. Im Fall *D. gegen das Vereinigte Königreich* war dies der Fall, da der an AIDS im Endstadium erkrankte Beschwerdeführer in St. Kitts keine Unterkunft, keine familiäre, moralische oder finanzielle Unterstützung und keinen Zugang zu angemessener medizinischer Behandlung gehabt hätte. Im Urteil *N. gegen das Vereinigte Königreich* betreffend die Wegweisung einer an AIDS erkrankten Uganderin lagen diese aussergewöhnlichen Umstände jedoch nicht vor. Es wurde nicht zweifelsfrei nachgewiesen, wie schnell sich ihr Gesundheitszustand bei einer Wegweisung verschlechtern würde und inwieweit sie keinen Zugang zu medizi-

⁹³ Urteil des EGMR *Savran gegen Dänemark* (Grosse Kammer) vom 7.12.2021, Nr. 57467/15, Ziff. 137 ff. Die Kammer des Gerichtshofs stellte in ihrem Urteil vom 1.10.2019 eine Verletzung von Art. 3 EMRK fest, da Dänemark keine Zusicherungen von der Türkei eingeholt hatte, vgl. Ziff. 64-67.

⁹⁴ Ibid., *Savran gegen Dänemark*, Ziff. 11, 21, 58 und 68.

⁹⁵ Ibid., *Savran gegen Dänemark*, Ziff. 94.

⁹⁶ Ibid., *Savran gegen Dänemark*, Ziff. 141, 143 und 148. Es wurde aber eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt, Ziff. 194-201, siehe [Kapitel 2 unter VI. 1. B. a\).](#)

nischer Behandlung, Unterstützung und Pflege, einschliesslich der Hilfe von Verwandten, erhalten würde.

Es muss somit zudem nachgewiesen werden, dass sich der Gesundheitszustand der betreffenden Person im Herkunftsland schwer, rasch und irreversibel verschlechtern würde. Erst wenn diese Schwelle von Art. 3 EMRK erreicht ist, müssen die Behörden des wegweisenden Staates prüfen, ob die im Heimatstaat verfügbare medizinische Behandlung für die betreffende Person genügend und angemessen ist. Dabei sind der effektive Zugang – inkl. der zurückzulegenden Distanz – zur Behandlung, deren Kosten sowie das Vorhandensein eines sozialen und familiären Netzes zu berücksichtigen. Verbleiben nach dieser Prüfung Zweifel an den Auswirkungen der Wegweisung auf die betreffende Person, müssen individuelle und genügende Zusicherungen des Empfangsstaates eingeholt werden. Diese Kriterien wurden im Urteil *Paposhvili gegen Belgien* ausgearbeitet,⁹⁷ wobei der EGMR zum Schluss kam, dass die belgischen Behörden diese ungenügend abgeklärt hatten. Diese Rechtsprechung wurde schliesslich im Fall *Savran gegen Dänemark* bestätigt, wo es um einen an paranoider Schizophrenie leidenden Beschwerdeführer ging. Dieser wäre nach Ansicht des EGMR bei einer Wegweisung nicht einer schweren, raschen und irreversiblen Verschlechterung seines Gesundheitszustands ausgesetzt gewesen, weshalb Art. 3 EMRK nicht verletzt wurde.

B. Praxis des Kinderrechtsausschusses

Gemäss Art. 37 lit. a der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK)⁹⁸ haben die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass kein Kind der Folter oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe unterworfen wird. Daraus leitet der UNO-Kinderrechtsausschuss, der die Einhaltung der KRK-Rechte überwacht, das Refoulementverbot ab. Im Zusammenhang mit medizinischer Behandlung hielt der Ausschuss Folgendes dazu fest:

«The Committee considers that the principle of non-refoulement does not confer a right to remain in a country solely on the basis of a difference in health services that may exist between the State of origin and the State of asylum, or to continue medical treatment in the State of asylum, unless such treatment is es-

⁹⁷ Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* in Ziff. 187-191, bestätigt im Urteil *Savran gegen Dänemark* in Ziff. 137 ff.

⁹⁸ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (SR 0.107).

sential for the life and proper development of the child and would not be available and accessible in the State of return.»⁹⁹

Bei der Prüfung der Wegweisung von Kindern ist somit auch nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses zu überprüfen, ob die für das betreffende Kind notwendige medizinische Behandlung im Heimatland verfügbar und zugänglich ist. Zudem sind in Fällen von Wegweisungen von Kindern wirksame Wiedereingliederungsmassnahmen zu ergreifen. Dies schliesst sofortige Schutzmassnahmen ein, um insbesondere einen wirksamen Zugang zur Gesundheitsversorgung sicherzustellen.¹⁰⁰ Schliesslich ist gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das übergeordnete Kindesinteresse vorrangig zu berücksichtigen.¹⁰¹

Bis anhin hat der Kinderrechtsausschuss in einem Fall festgestellt, dass die Wegweisung eines Kindes aufgrund medizinischer Gründe KRK-Rechte verletzt. Dabei ging es um die Wegweisung eines Kindes und dessen Eltern nach Tschetschenien, nachdem das Asylgesuch der Familie in der Schweiz abgelehnt worden war. Das betreffende Kind war seit Geburt fast vollständig gehörlos, weshalb es dringend ein sog. Cochlea-Implantat benötigte. Das BVGer hatte nicht abgeklärt, ob das Kind in Russland Zugang zu einem Cochlea-Implantat hätte.¹⁰² Die Eltern des Kindes rügten u.a. eine Verletzung des Refoulementverbots nach Art. 37 lit. a KRK wegen der Gefahr, dass ihre Tochter aufgrund ihrer Schwerhörigkeit für den Rest ihres Lebens isoliert werden würde. Es würde die Gefahr bestehen, dass sie als Kind, als Angehörige einer ethni-

⁹⁹ Entscheid des CRC G.R. *et al. gegen die Schweiz* vom 31.5.2021, Mitteilung Nr. 86/2019, Ziff. 11.6. Es ging um die Wegweisung eines an kongenitaler Hypothyreose leidenden Kindes nach Sri Lanka, nachdem das Asylgesuch der Eltern abgelehnt worden war. Der Ausschuss kam zum Schluss, dass aufgrund der in den Akten vorhandenen Informationen die notwendige Behandlung in Sri Lanka verfügbar und zugänglich sei. Die Wegweisung der Beschwerde führenden würde folglich keine Hindernisse für den Zugang zu der vom Kind benötigten Behandlung mit sich bringen und somit keine Verletzung von Art. 37 lit. a KRK darstellen, vgl. Ziff. 11.6 f.

¹⁰⁰ *Ibid.*, G.R. *et al. gegen die Schweiz*, Ziff. 11.6. Gemeint ist etwa die Ausarbeitung eines individuellen Plans für die dauerhafte Wiedereingliederung des Kindes, sodass es insbesondere wirksamen Zugang zu Bildung, Gesundheit, psychosozialer Unterstützung, Familienleben, sozialer Eingliederung und Justiz hat sowie vor allen Formen von Gewalt geschützt wird. Schliesslich soll auch ein Follow-up durch alle beteiligten Behörden, einschliesslich unabhängiger Überwachung sichergestellt werden, siehe *Joint general comment No. 3 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families/No. 22 of the Committee on the Rights of the Child* vom 16.11.2017, Ziff. 32 (k).

¹⁰¹ Zum Begriff des «übergeordneten Kindesinteresses» siehe CARONI, S. 7 f.

¹⁰² Entscheid des CRC Z.S. und A.S. *gegen die Schweiz* vom 10.2.2022, Mitteilung Nr. 74/2019, Ziff. 2.3.

schen und religiösen Minderheit, als Person mit einer Behinderung, als Mädchen, als Analphabetin und als Kind einer Einelternfamilie (der Vater verschwand nach der Wegweisung der Familie aus der Schweiz) diskriminiert werden würde.¹⁰³ Der Kinderrechtsausschuss untersuchte die Rügen im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit sowie dem übergeordneten Kindesinteresse gemäss Art. 24 i.V.m. Art. 3 KRK. Der Ausschuss überprüfte Art. 37 lit. a KRK nicht zusätzlich, da die diesbezüglichen Rügen auf demselben Sachverhalt beruhten.¹⁰⁴ Er kam zum Schluss, dass die Schweizer Behörden trotz bestätigter medizinischer Dringlichkeit nicht abgeklärt hatten, ob die Cochlea-Implantation innert kurzer Frist in Russland hätte vorgenommen werden können. Die Schweizer Behörden hatten somit nicht alle erforderlichen Massnahmen ergriffen, um sicherzustellen, dass das Kind Zugang zu der medizinischen Versorgung und Unterstützung hätte, die für ihre bestmögliche Entwicklung erforderlich wären. Darin lag eine Verletzung von Art. 24 i.V.m. Art. 3 sowie Art. 6 Abs. 2 KRK.¹⁰⁵

In zwei neuen Entscheiden des Kinderrechtsausschusses wurde eine Verletzung von Art. 37 lit. a KRK durch die Schweiz abgelehnt. In einem Fall ging es um eine minderjährige Georgierin, die an einer psychischen Erkrankung litt. Sie sollte zusammen mit ihren Eltern nach Georgien weggewiesen werden, nachdem ihr Asylgesuch in der Schweiz abgelehnt worden war.¹⁰⁶ Der Kinderrechtsausschuss kam zum Schluss, dass das BVGer die neuesten medizinischen Berichte über den psychischen Zustand des Kindes berücksichtigt habe. Es habe zudem den Zugang zu und die Verfügbarkeit von psychiatrischer Behandlung im Herkunftsland sowie die allgemeine Funktionsweise des Gesundheitssystems in Georgien untersucht. Das BVGer habe festgestellt, dass die medizinischen Probleme der Tochter und ihrer Eltern nicht so schwerwiegend seien, dass sie bei einer Rückkehr nach Georgien, wo sie die notwendige Behandlung erhalten könnten, einen medizinischen Notfall erleiden würden. Das BVGer habe weiter festgestellt, dass ihre psychologischen Schwierigkeiten laut den ärztlichen Berichten in einem stabilen Umfeld, das von den Eltern aufgebaut werden könne, behandelt werden können.¹⁰⁷ Betreffend Art. 24 Abs. 1 und Art. 37 lit. a KRK erinnerte der Ausschuss daran, dass das Refoulementverbot kein Bleiberecht in einem Land verleihe, nur weil der Standard der medizinischen Behandlung im Herkunftsstaat anders sei. Ebensowenig be-

¹⁰³ Ibid., Z.S. und A.S. gegen die Schweiz, Ziff. 3.3.

¹⁰⁴ Ibid., Z.S. und A.S. gegen die Schweiz, Ziff. 7.7.

¹⁰⁵ Ibid., Z.S. und A.S. gegen die Schweiz, Ziff. 7.6.

¹⁰⁶ Entscheid des CRC K.K. gegen die Schweiz vom 25.1.2023, Mitteilung Nr. 110/2020.

¹⁰⁷ Ibid., K.K. gegen die Schweiz, Ziff. 9.5.

stehe ein Recht auf Fortsetzung einer medizinischen Behandlung im potentiellen Aufnahmestaat. Es sei denn, diese Behandlung sei für das Leben und die gesunde Entwicklung des Kindes wesentlich und im Herkunftsstaat nicht verfügbar und nicht zugänglich. Im vorliegenden Fall stellte der Kinderrechtsausschuss fest, dass aufgrund der vorhandenen Informationen die psychiatrische Behandlung der Tochter in Georgien verfügbar und zugänglich sei. Der Ausschuss war zudem der Ansicht, dass die Schweiz in Zusammenarbeit mit den georgischen Behörden angemessene Massnahmen ergreifen werde, um die Fortsetzung der medizinischen Behandlung der Familie während ihrer Überstellung und bei ihrer Ankunft in Georgien zu erleichtern. Somit verletze die Wegweisung der Familie die Rechte aus der KRK nicht.¹⁰⁸

Zum selben Schluss kam der Ausschuss in einem Fall, der die Dublin-Überstellung einer russischen Familie nach Österreich betraf.¹⁰⁹ Die Beschwerdeführerin machte mit der Mitteilung an den Ausschuss geltend, dass ihre drei Kinder an einer psychologischen Erkrankung litten und sich bei einer Überstellung etwas antun würden.¹¹⁰ Der Kinderrechtsausschuss betonte, dass die österreichischen Behörden in der Lage seien, die Kontinuität der medizinischen Behandlung zu gewährleisten. So sei das BVGer zum Schluss gekommen, dass eine Unterbrechung der medizinischen Behandlung der Familie unwahrscheinlich sei, weil Österreich über ähnliche Betreuungs- und Unterstützungsstrukturen wie die Schweiz verfüge. Dies würde bedeuten, dass die Familie weiterhin die notwendige medizinische und soziale Betreuung erhalten könne. Der Ausschuss stellte zudem fest, dass sich die Familie zuvor bereits mehr als vier Jahre in Österreich aufgehalten habe, ohne dass Vorfälle gemeldet worden seien, die die Gesundheit der Kinder betrafen und mit ihrem Aufenthalt in Zusammenhang gestanden hätten. Eine Überstellung nach Österreich würde daher die KRK nicht verletzen.¹¹¹

C. Praxis des Behindertenrechtsausschusses

Art. 15 der UNO-Behindertenrechtskonvention (BRK)¹¹² enthält das Verbot von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. Der UNO-Behindertenrechtsausschuss ist das Überwachungsorgan

¹⁰⁸ Ibid., K.K. *gegen die Schweiz*, Ziff. 9.6.

¹⁰⁹ Entscheid des CRC Z.M. *gegen die Schweiz* vom 25.1.2023, Mitteilung Nr. 101/2019.

¹¹⁰ Ibid., Z.M. *gegen die Schweiz*, Ziff. 4.2.

¹¹¹ Ibid., Z.M. *gegen die Schweiz*, Ziff. 9.3, Ziff. 9.7 und Ziff. 9.11.

¹¹² Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (SR 0.109).

dieser Konvention. Er hat bisher in zwei Fällen eine Verletzung des aus Art. 15 BRK abgeleiteten Refoulementverbots festgestellt.

Im Fall *N.L. gegen Schweden*¹¹³ ging es um die Wegweisung einer Irakerin nach einem erfolglosen Asylgesuch in Schweden. Sie war psychisch schwer krank und rügte daher die Verletzung von Art. 10 (Recht auf Leben) sowie Art. 15 BRK. Sie litt an Depressionen mit psychotischen Symptomen, Halluzinationen sowie Suizidalität. Sie machte geltend, dass eine Wegweisung in den Irak zu einer ernsthaften Suizidgefahr und zu anderen Risiken für ihr Leben und ihre Gesundheit führen würde.¹¹⁴ Der Behindertenrechtsausschuss nahm in seinem Entscheid Bezug auf die Praxis des Menschenrechtsausschusses sowie auf jene des EGMR.¹¹⁵ Er kam zum Schluss, dass die schwedischen Behörden Art. 15 BRK verletzt hatten, weil sie die Abklärung des Zugangs zur notwendigen medizinischen Behandlung im Irak unterlassen hatten.¹¹⁶

Auch im Fall *Z.H. gegen Schweden*¹¹⁷ ging es um einen abgewiesenen Asylbewerber. Ihm drohte die Wegweisung nach Afghanistan. Er machte vor dem Behindertenrechtsausschuss geltend, dass eine Wegweisung aufgrund seiner diagnostizierten Posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS) sowie paranoider Schizophrenie wegen in Afghanistan fehlender angemessener medizinischer Behandlung Art. 10 und Art. 15 BRK verletzen würde.¹¹⁸ Der Ausschuss überprüfte, ob ein tatsächliches Risiko eines irreparablen Schadens für den Beschwerdeführer bei einer Rückkehr nach Afghanistan bestehen würde.¹¹⁹ Dabei nahm der Ausschuss Bezug auf entsprechende Länderberichte, die auf Schwierigkeiten beim Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen in Afghanistan hindeuteten. Der Ausschuss kam zum Schluss, dass Schweden individuelle Zusicherungen hätte einholen müssen. Da dies nicht geschehen war, wurde eine Verletzung von Art. 15 BRK festgestellt.¹²⁰

¹¹³ Entscheid des CRPD *N.L. gegen Schweden* vom 28.8.2020, Mitteilung Nr. 60/2019.

¹¹⁴ *Ibid.*, *N.L. gegen Schweden*, Ziff. 2.1 und Ziff. 3.1.

¹¹⁵ *Ibid.*, *N.L. gegen Schweden*, Ziff. 7.3-7.5.

¹¹⁶ *Ibid.*, *N.L. gegen Schweden*, Ziff. 7.8. Der CRPD sprach u.a. die Empfehlung aus, dass der Fall unter Berücksichtigung der Erwägungen von den schwedischen Behörden neu beurteilt werden solle, siehe Ziff. 8.

¹¹⁷ Entscheid des CRPD *Z.H. gegen Schweden* vom 6.9.2021, Mitteilung Nr. 58/2019.

¹¹⁸ *Ibid.*, *Z.H. gegen Schweden*, Ziff. 3.1.

¹¹⁹ *Ibid.*, *Z.H. gegen Schweden*, Ziff. 9.4, Ziff. 10.3 sowie Ziff. 10.7. Der Ausschuss verwies dabei auf seine Ausführungen im Entscheid *N.L. gegen Schweden* in Ziff. 10.4.

¹²⁰ *Ibid.*, *Z.H. gegen Schweden*, Ziff. 10.9 und Ziff. 10.11. Auch hier sprach der CRPD u.a. die Empfehlung aus, dass der Fall unter Berücksichtigung der Erwägungen von den schwedischen Behörden neu beurteilt werden solle, siehe Ziff. 11.

D. Schweizer Praxis

In der schweizerischen Asylpraxis stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Refoulementverbots bei der Prüfung der vorläufigen Aufnahme. Gemäss Art. 44 AsylG verfügt das SEM die Wegweisung aus der Schweiz oder ordnet den Vollzug an, wenn es ein Asylgesuch ablehnt oder nicht darauf eintritt. Für die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung sind Art. 83 und 84 AIG betreffend die vorläufige Aufnahme anwendbar.

Ist der Vollzug einer Aus- oder Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, wird die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme nach Art. 83 Abs. 1 AIG verfügt. Dabei handelt es sich nicht um einen eigenständigen Aufenthaltstitel. Die Pflicht zur Ausreise existiert weiter, sie kann aber wegen bestimmter Vollzugshindernisse nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Bis diese Hindernisse nicht mehr bestehen, wird die Anwesenheit der betreffenden Personen daher vorläufig geduldet.¹²¹

a) Unzulässigkeit der Wegweisung

Nach Art. 83 Abs. 3 AIG ist der Vollzug der Wegweisung dann nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen. Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs wird vordergründig auf die flüchtlings- und menschenrechtlichen Refoulementverbote Bezug genommen und somit auf Art. 3 EMRK.¹²² Medizinische Gründe, die im Wegweisungsverfahren geltend gemacht werden, werden bei dieser Prüfung der Zulässigkeit gemäss Art. 3 EMRK berücksichtigt.¹²³

Das BVGer stellt bei seiner Argumentation diesbezüglich auf die zuvor dargestellte Praxis des EGMR ab. Somit kann eine zwangsweise Wegweisung von Personen mit gesundheitlichen Problemen nur ausnahmsweise einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK darstellen. Zum einen ist dies der Fall, wenn die betreffende Person sich in einem fortgeschrittenen oder terminalen Krankheitsstadium oder bereits in Todesnähe befindet und die Überstellung in den Heimat- oder Herkunftsstaat zum sicheren Tod führen würde und die Person mit keinerlei sozialer Unterstützung rechnen könnte. Zum anderen sind schwer-

¹²¹ CARONI ET AL., S. 345; PROGIN-THEUERKAUF/GORDZIELIK, S. 257.

¹²² CARONI ET AL., S. 346 f.; PROGIN-THEUERKAUF/GORDZIELIK, S. 260.

¹²³ PROGIN-THEUERKAUF/GORDZIELIK, S. 296.

krankte Personen erfasst, die durch die Abschiebung mangels angemessener medizinischer Behandlung im Zielstaat mit einem realen Risiko konfrontiert wären, einer «*ernsten, raschen und unwiederbringlichen Verschlechterung ihres Gesundheitszustands ausgesetzt zu werden, die zu intensivem Leiden oder einer erheblichen Verkürzung der Lebenserwartung führen würde.*»¹²⁴

Das BVGer erachtete z.B. die Wegweisung eines HIV-infizierten Beschwerdeführers aus Togo als zulässig, da er noch nicht an AIDS erkrankt war und sich seine HIV-Infektion folglich noch nicht in einer terminalen Phase befand. Zudem könne die HIV-Infektion in Lomé behandelt werden. Dort seien regelmässige klinische Untersuchungen des Blutbildes, des Immunstatus und der Serologie möglich. Neben den lokalen Spitälern würden auch einige NGOs HIV-Infizierte behandeln.¹²⁵ Somit verletze die Anordnung der Wegweisung Art. 3 EMRK nicht.¹²⁶ Auch die Beschwerde eines libyschen Asylsuchenden, dem eine Dublin-Überstellung nach Slowenien bevorstand und der an im Urteil nicht bezeichneten gesundheitlichen Problemen litt, wurde abgewiesen. Das BVGer verneinte die Unzulässigkeit der Wegweisung nach Art. 3 EMRK, da die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers die notwendige Schwelle nicht erreicht hatte.¹²⁷

Die Unzulässigkeit einer Wegweisung aus medizinischen Gründen wird nur unter sehr aussergewöhnlichen Umständen angenommen. In der Praxis werden solche Fälle daher in der Regel bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Wegweisung behandelt.¹²⁸

¹²⁴ Siehe z.B. Urteil des BVGer E-5849/2019 vom 13.11.2019, E. 6.2.2 oder das Urteil des BVGer D-3631/2019 vom 20.2.2020, E. 6.3, jeweils mit Verweis auf Ziff. 180-193 des Urteils des EGMR *Paposhvili gegen Belgien*, siehe Näheres zu diesem Urteil in diesem [Kapitel unter II. 2. A. c\).](#)

¹²⁵ Urteil des BVGer D-6538/2006 vom 7.8.2008, E. 9.1.5 und E. 9.3.4.

¹²⁶ *Ibid.*, E. 9.1.5.

¹²⁷ Urteil des BVGer F-3001/2019 vom 25.6.2019, E. 7.3. Siehe auch das Urteil BVGE 2011/9 vom 10.5.2011, wo es um die Dublin-Überstellung einer tschetschenischen Familie nach Polen ging. Die Beschwerdeführerin litt an einer komplexen PTBS und einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischen Symptomen. Zudem litt sie unter regelmässigen Flashbacks, da ihr Sohn bei einem Hausbrand in Tschetschenien ums Leben kam. Obwohl das BVGer festhielt, dass eine angemessene, langfristige psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung in Polen nicht garantiert sei und dass ihre Wegweisung aus der Schweiz die mit einigem Erfolg in der Schweiz begonnene Behandlung gefährden würde, kam das BVGer zum Schluss, dass die hohe Schwelle von Art. 3 EMRK nicht erreicht wurde, vgl. E. 7.2-7.5. Allerdings bejahte das BVGer aufgrund der geschilderten Umstände das Vorliegen von humanitären Gründen i.S.v. Art. 29a Abs. 3 AsylV 1, wonach das Asylgesuch diesfalls trotz Zuständigkeit eines anderen Dublin-Staates in der Schweiz behandelt werden kann.

¹²⁸ PROGIN-THEUERKAUF/GORDZIELIK, S. 296 f.

b) Unzumutbarkeit der Wegweisung

Die vorläufige Aufnahme ist gemäss Art. 83 Abs. 1 AIG auch zu verfügen, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar ist. Dies ist nach Abs. 4 desselben Artikels u.a. dann der Fall, wenn die betreffende Ausländerin oder der betreffende Ausländer aufgrund einer medizinischen Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet wäre. Nach Ansicht des BVGer macht die Formulierung dieses Gesetzestextes deutlich, dass:

«nur gravierende medizinische Fälle unter die Bestimmung zu subsumieren sind. Es geht dabei um lebensnotwendige medizinische Hilfe, ohne die eine drastische und lebensbedrohliche Verschlechterung der Gesundheitslage eintreten würde. Dabei wird als wesentlich die allgemeine und dringende medizinische Behandlung erachtet, welche zur Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz absolut notwendig ist.»¹²⁹

Ist im Heimat- oder Herkunftsstaat eine medizinische Behandlung möglich, entspricht sie jedoch nicht dem schweizerischen Standard, so gilt der Vollzug der Wegweisung als zumutbar.¹³⁰ Dabei kommt es nicht nur darauf an, ob die nötige Behandlung und Medikamente objektiv verfügbar sind. Vielmehr ist aufgrund des konkreten Einzelfalls zu überprüfen, ob die betreffende Person diese angesichts ihrer persönlichen und finanziellen Situation auch effektiv erhalten kann.¹³¹ Letzteres erfasst auch die Frage, ob es der Person zumutbar ist, sich innerhalb des Zielstaates an einen Ort zu begeben, an dem die notwendige medizinische Behandlung gewährleistet ist, falls diese am Herkunftsort nicht angeboten wird.¹³²

¹²⁹ BVGer, Urteil vom 26.11.2021, F-4918/2020, E. 4.2.

¹³⁰ Siehe z.B. Urteil des BVGer D-3803/2019 vom 20.12.2019, E. 6.3.2.1; Urteil BVGE 2009/2 vom 7.8.2008, E. 9.3.2; EMARK 2003 Nr. 24, E. 5b.

¹³¹ Urteil des BVGer E-708/2022 vom 23.3.2022, E. 5.2; Urteil des BVGer F-4918/2020 vom 26.11.2021, E. 4.2.

¹³² EMARK 1993 Nr. 38: Der Fall betraf einen türkischen Gesuchsteller, dessen Asylgesuch abgelehnt worden war. Er musste sich einer Herzoperation unterziehen und litt an einer schweren Netzhauterkrankung am rechten Auge. Die damalige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) stellte fest, dass er bei einer Rückkehr in die Türkei betr. seine Gesundheit einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre. Für ihn sei eine lebenslängliche wöchentliche oder zweiwöchentliche Nachbehandlung erwiesenermassen lebenswichtig. Die nächste Klinik, welche eine solche gewährleisten könne, befände sich in Adana und somit über 100 km vom Heimatort des Beschwerdeführers entfernt. Nach Ansicht der Fachärzte sei ihm dies – ebenso wenig wie in Umzug innerhalb des Landes – nicht zuzumuten. Die ARK kam daher zum Schluss, dass er in der Schweiz vorläufig aufzunehmen sei, vgl. E. 6b.

So wurde z.B. eine weite und beschwerliche Reise in Nigeria, die die an HIV und Tuberkulose leidende Beschwerdeführerin für eine notwendige Operation hätte auf sich nehmen müssen, vom BVGer als unzumutbar angesehen. Nach Ansicht des Gerichts sei insbesondere aufgrund des komplexen Krankheitsbildes nicht mit hinreichender Bestimmtheit gewährleistet, dass die Beschwerdeführerin in Nigeria die dringend erforderliche medizinische Versorgung erhalten würde. Weiter erscheine es fraglich, ob sie in finanzieller Hinsicht über hinreichende familiäre Unterstützung verfügen würde, um unvorhersehbare Kosten tragen zu können. Schliesslich könne die Beschwerdeführerin wegen ihrer angeschlagenen Gesundheit selbst kaum einer beruflichen Tätigkeit nachgehen. Das BVGer kam zum Schluss, dass die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus diesen Gründen nicht zumutbar und sie daher vorläufig aufzunehmen sei.¹³³

Ein weiterer Fall betraf eine Familie aus Bosnien und Herzegowina.¹³⁴ Die Beschwerdeführerin litt an einem komplexen Fall von Posttraumatischer Belastungsstörung (PTBS) sowie an schwerer Depression mit Somatisierungstendenzen. Nach zwei erfolglosen Asylverfahren ersuchte die Familie im Jahr 2016 um Wiedererwägung ihres Asylgesuchs. Sie beantragten die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme aufgrund der verschlechterten psychischen Gesundheit der Beschwerdeführerin.¹³⁵ Das BVGer führte aus, dass diese nicht nur auf eine kontinuierliche und regelmässige psychotherapeutische Traumatherapie und eine komplexe Abstimmung ihrer Medikation angewiesen wäre. Vielmehr würden aufgrund ihrer akuten Suizidalität auch regelmässige stationäre Aufenthalte notwendig werden. Dabei seien die Kapazitäten für die Behandlung von Patientinnen und Patienten mit psychischen Erkrankungen in Bosnien und Herzegowina begrenzt. In Anbetracht der Entfernung von ihrem Wohn- bis zum Behandlungsort, der finanziell eher schlechten Situation der Familie sowie der Tatsache, dass der Beschwerdeführer (sowie beide Söhne) ethnischer Roma war, kam das BVGer zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin bei einer Rückkehr keinen Zugang zu den benötigten Medikamenten und der Behandlung ihrer komplexen psychischen Erkrankung hätte.¹³⁶ Unter all diesen Umständen erachtete das BVGer die Wegweisung der Beschwerdeführenden als unzumutbar und ordnete die vorläufige Aufnahme in der Schweiz an.¹³⁷

¹³³ Urteil des BVGer D-1614/2014 vom 7.4.2015, E. 6.6.2 f.

¹³⁴ Urteil des BVGer E-6932/2017 vom 10.10.2019, E. 6.3.1.

¹³⁵ Ibid., A.-C. des Sachverhalts.

¹³⁶ Ibid., E. 6.3.1-6.4.3. Schliesslich wurde noch das übergeordnete Kindesinteresse nach KRK des minderjährigen Sohnes mitberücksichtigt, vgl. E. 6.5.

¹³⁷ Ibid., E. 6.6.

Es lässt sich festhalten, dass das BVGer bei der Prüfung der Zumutbarkeit einer Wegweisung im Falle medizinischer Vorbringen zuerst den spezifischen Gesundheitszustand der betreffenden Person überprüft. Danach wägt es die gesamten Umstände bezüglich dieser Person sowie deren Herkunftsstaat ab.¹³⁸ Dabei werden mehrere Faktoren bei der Zumutbarkeitsprüfung berücksichtigt, namentlich der Zugang zu den benötigten Medikamenten, die Behandlungskosten sowie die effektive Erreichbarkeit des Ortes der Behandlung. Eine Rolle spielen schliesslich auch das Alter der betreffenden Person sowie deren soziales Beziehungsnetz im Heimatstaat.¹³⁹

III. Fazit zum Zusammenhang Flucht und Gesundheit

Der Zusammenhang zwischen Flucht und Gesundheit ist von grosser Bedeutung und vielschichtig. So können sich Menschen gezwungen sehen, ihr Heimatland zu verlassen, weil ihnen dort eine Gesundheitsschädigung droht oder weil diese bereits erfolgt ist und lebenslange schädigende Konsequenzen bei den Betroffenen hinterlassen hat. Zu denken ist etwa an eine drohende oder bereits durchgeführte Genitalverstümmelung. Des Weiteren sucht eine zunehmende Anzahl Personen wegen Klimakatastrophen und den daraus resultierenden negativen Auswirkungen auf die Gesundheit in anderen Staaten Schutz. Schliesslich kann eine fehlende medizinische Behandlung für schwer kranke Personen der Auslöser zur Ausreise darstellen.

Davon abzugrenzen sind Fälle, in denen Personen sich bereits im Ausland befinden und dort einen Wegweisungsentscheid erhalten, etwa nach einem abgelehnten Asylgesuch. Wird dann eine Krankheit diagnostiziert, die im entsprechenden Heimatstaat nicht behandelbar ist, wird dies als mögliches Vollzugshindernis dieser Wegweisung geprüft. Dadurch kann die Anwendbarkeit des Refoulementverbots begründet werden.

¹³⁸ So z.B. auch im Urteil des BVGer E-1688/2016 vom 20.12.2018 betreffend ein an paranoider Schizophrenie leidender Beschwerdeführer aus Guinea. Aufgrund der dort fehlenden Krankenkasse sei der Zugang zur psychiatrischen Behandlung sehr schwierig und die benötigten Medikamente könnten nur über ausländische Apotheken und zu einem hohen Preis beschafft werden. Da er weder die finanziellen Mittel noch ein familiäres Unterstützungsnetzwerk hatte, wurde die Wegweisung als unzumutbar erachtet, E. 6.5 ff.

¹³⁹ Siehe z.B. Urteil des BVGer E-1688/2016 vom 20.12.2018, E. 6.5; Urteil des BVGer E-444/2018 vom 27.12.2018, E. 3.4.2 ff. Bei psychisch kranken Personen kann auch die Aufenthaltsdauer eine Rolle spielen, siehe z.B. Urteil des BVGer E-4760/2016 vom 26.2.2018, E. 6.6.1 und E. 6.6.3.

Nach der Praxis des EGMR kann in solchen Fällen die Wegweisung einer Person bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände gegen Art. 3 EMRK verstossen. Damit der Anwendungsbereich dieses Artikels eröffnet ist, muss jedoch eine hohe Schwelle erreicht werden. Es muss nachgewiesen werden, dass sich der Gesundheitszustand der betreffenden Person im Herkunftsland schwer, rasch und irreversibel verschlechtern würde.¹⁴⁰ Erst wenn diese Schwelle erreicht ist, wird die Verpflichtung der wegweisenden Staaten relevant, die Verfügbarkeit einer genügenden und angemessenen medizinischen Behandlung im Heimatstaat der betreffenden Person zu überprüfen.¹⁴¹ Es müssen die gesamten Umstände des Einzelfalls überprüft werden, wie die zum Behandlungsort zurückzulegende Distanz, die Behandlungskosten sowie das Bestehen eines sozialen und familiären Unterstützungsnetzes im Heimatland. Bei Zweifeln am Vorliegen einer dieser Aspekte haben die Behörden des wegweisenden Staates individuelle und genügende Zusicherungen des Empfangsstaates einzuholen.¹⁴²

Auch nach Auffassung des UNO-Kinderrechtsausschusses greift das Refoulementverbot dann, wenn die medizinische Behandlung für das Leben und die angemessene Entwicklung eines Kindes unerlässlich und im Empfangsstaat nicht verfügbar und nicht zugänglich wäre.¹⁴³ Der wegweisende Staat muss diese Verfügbarkeit und Zugänglichkeit der notwendigen medizinischen Behandlung im Heimatstaat überprüfen.¹⁴⁴ Falls in der Folge eine Wegweisung durchgeführt wird, sind wirksame Wiedereingliederungsmassnahmen zu ergreifen, inkl. sofortiger Schutzmassnahmen zur Sicherstellung des wirksamen Zugangs zur Gesundheitsversorgung im Empfangsstaat.¹⁴⁵

Der UNO-Behindertenrechtsausschuss teilt diese Ansicht und sieht bei medizinischen Gründen den wegweisenden Staat in der Pflicht, den effektiven Zugang zu der benötigten Gesundheitsversorgung im Empfangsstaat zu überprüfen.¹⁴⁶ Bei Hinweisen auf Schwierigkeiten beim Zugang zur medizinischen

¹⁴⁰ Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* (Grosse Kammer) vom 13.12.2016, Nr. 41738/10, Ziff. 183.

¹⁴¹ Urteil des EGMR *Savran gegen Dänemark* (Grosse Kammer) vom 7.12.2021, Nr. 57467/15, Ziff. 135.

¹⁴² Vgl. die Grundsätze des EGMR in dessen Urteil *Paposhvili gegen Belgien* in Ziff. 187-191, bestätigt im Urteil *Savran gegen Dänemark* in Ziff. 137 ff.

¹⁴³ Entscheid des CRC G.R. et al. *gegen die Schweiz* vom 31.5.2021, Mitteilung Nr. 86/2019, Ziff. 11.6.

¹⁴⁴ Entscheid des CRC Z.S. und A.S. *gegen die Schweiz* vom 10.2.2022, Mitteilung Nr. 74/2019, Ziff. 7.6.

¹⁴⁵ Entscheid des CRC G.R. et al. *gegen die Schweiz* vom 31.5.2021, Mitteilung Nr. 86/2019, Ziff. 11.6.

¹⁴⁶ Entscheid des CRPD N.L. *gegen Schweden* vom 28.8.2020, Mitteilung Nr. 60/2019, Ziff. 7.8.

Behandlung, etwa durch Länderberichte, muss der wegweisende Staat Zusicherungen des Empfangsstaats einholen.¹⁴⁷

Das BVGer stützt sich regelmässig auf die dargestellte EGMR-Praxis bei der Überprüfung von Vollzugshindernissen für eine Wegweisung bzw. der Anordnung einer vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 AIG.¹⁴⁸ Medizinische Gründe werden dabei vorwiegend unter der Zumutbarkeit geprüft. Damit eine Wegweisung unzumutbar ist, muss es sich um eine schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigung handeln, wobei die notwendige Behandlung im Empfangsstaat nicht verfügbar oder für die betreffende Person nicht zugänglich wäre. Dabei werden die gesamten Umstände des Einzelfalls in Betracht gezogen, wie die Behandlungskosten und die finanzielle Situation des Betroffenen, die Erreichbarkeit des Behandlungsorts sowie das Vorhandensein eines sozialen Beziehungsnetzes.¹⁴⁹

Die untersuchten Entscheide zeigen die übereinstimmende Ansicht dieser Rechtsprechungsorgane auf, dass in derart gelagerten Fällen der wegweisende Staat insbesondere die Verfügbarkeit sowie den effektiven Zugang der betreffenden Personen zu der erforderlichen medizinischen Behandlung im Empfangsstaat zu überprüfen hat.¹⁵⁰ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, stellen diese Punkte wichtige Elemente des Rechts auf Gesundheit dar, die auch im Zusammenhang mit einem auf der Verletzung dieses Menschenrechts beruhenden Asylgesuch zu überprüfen sind.

¹⁴⁷ Entscheid des CRPD Z.H. gegen Schweden vom 6.9.2019, Mitteilung Nr. 58/2019, Ziff. 10.11.

¹⁴⁸ Vgl. z.B. das Urteil des BVGer E-2167/2023 vom 1.5.2023, S. 6; das Urteil des BVGer E-5704/2022 vom 19.12.2022, E. 5.6 oder das Urteil des BVGer E-4850/2018 vom 5.11.2018, E. 5.2.1.

¹⁴⁹ Vgl. z.B. das Urteil des BVGer E-1688/2016 vom 20.12.2018, E. 6.5 oder das Urteil des BVGer D-2326/2013 vom 27.3.2014, E. 8.2-8.5.

¹⁵⁰ Auf die Praxis des Interamerikanischen Gerichtshofs (IACtHR) sowie der interamerikanischen Kommission für Menschenrechte (IACHR) wurde nicht eingegangen, um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen. An dieser Stelle sei jedoch auf das Urteil der IACHR *Andrea Mortlock gegen die USA* vom 25.7.2008, Report N. 63/08 Fall 12.534 hinzuweisen: Es ging um die Wegweisung einer an HIV leidenden Beschwerdeführerin nach Jamaika. Die IACHR verwies in Ziff. 80 ff. auf die Praxis des EGMR, die es bei der Prüfung dieses Falles übernahm. Die Kommission kam zum Schluss, dass aufgrund des fortgeschrittenen Stadiums der Krankheit, der Behandlung, die die Beschwerdeführerin in den USA erhält sowie des dort vorhandenen Beziehungsnetzes – sie lebte mit ihrer Familie bereits seit dreissig Jahren in den USA – eine Wegweisung nach Jamaika Art. XXVI (Verbot von unmenschlicher und grausamer Strafe) der Amerikanischen Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen verletzen würde, vgl. Ziff. 92-94.

§ 2 Normativer Inhalt des Rechts auf Gesundheit

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, unter welchen Umständen Verletzungen des Rechts auf Gesundheit asylrelevant sein können. Für ein besseres Verständnis dafür, wann dieses Menschenrecht verletzt ist, wird nachfolgend zuerst der Begriff der Gesundheit definiert und vom Begriff der Behinderung abgegrenzt. Es folgt die Darstellung der rechtlichen Verankerung des Rechts auf Gesundheit im internationalen sowie im schweizerischen Recht. Zudem wird die Bedeutung der Klassifizierung des Rechts auf Gesundheit als soziales Menschenrecht erläutert, bevor die Grundzüge und die entsprechenden Staatenpflichten aufgezeigt werden. Danach werden ausgewählte Teilaspekte dieses Rechts beleuchtet und schliesslich wird auf die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit eingegangen.¹⁵¹

I. Begriff der Gesundheit und Abgrenzung

1. Definition «Gesundheit»

Es existiert keine einheitliche und juristisch präzise Definition des Begriffs der Gesundheit.¹⁵² Die klassische, biomedizinische Auffassung geht davon aus, dass Gesundheit die Abwesenheit von Krankheit ist, unabhängig davon, ob es sich um körperliche oder geistige Krankheiten handelt. Demnach ist eine Person gesund, wenn all ihre Körperfunktionen intakt sind.¹⁵³ In der Präambel der WHO-Verfassung ist Gesundheit als ein Zustand *«des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen»* definiert.¹⁵⁴ Dieses Konzept von Gesundheit geht über die simple Abwesenheit von Krankheiten und Gebrechen hinaus. Gesundheit wird hier nicht nur als körperliches und geistiges Wohlbefinden betrachtet, sondern schliesst auch das soziale Wohlergehen ein. Zudem können auch materi-

¹⁵¹ Dabei wird an dieser Stelle betont, dass in der vorliegenden Arbeit Theorieaspekte des Rechts auf Gesundheit aufgegriffen bzw. beleuchtet werden, die für den asylrechtlichen Teil der Arbeit relevant sind. Bezüglich des Theorieteils zu diesem Grundrecht wird daher kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben.

¹⁵² BOGNUA, S. 127; SEITZ, S. 381.

¹⁵³ DANIELS, S. 36 f.

¹⁵⁴ Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22.7.1946 (SR 0.810.1).

elle Faktoren, wie z.B. die genügende Versorgung mit Essen und Trinkwasser oder ein Mindestmass an medizinischer Versorgung, in den Gesundheitsbegriff einbezogen werden.¹⁵⁵

Dieses Verständnis von Gesundheit der WHO wird von vielen Stimmen aus der Lehre als utopisch, zu weitreichend und nicht realisierbar angesehen.¹⁵⁶ Ein umfassendes Recht auf Gesundheit wurde erstmals im UNO-Pakt I etabliert. Der Dritte Ausschuss der UNO-Generalversammlung hat während der Ausarbeitung dieses Artikels die in der WHO-Verfassung enthaltene Definition nicht übernommen. Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt I spricht vielmehr vom *«erreichbaren Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit»*.¹⁵⁷ Dies stellt jedoch keine rechtliche Garantie dar, gesund zu sein. Vielmehr gewährt dieses Recht Freiheiten und Ansprüche, damit Menschen das für sie erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit erlangen können.¹⁵⁸ Der WSK-Ausschuss anerkannte dabei, dass das Recht auf Gesundheit ein breites Spektrum an sozioökonomischen Faktoren umfasse, die Bedingungen fördern würden, unter denen Menschen ein gesundes Leben führen können. Diese Faktoren erstrecken sich auch auf die der Gesundheit zugrunde liegenden Parameter wie Nahrung und Ernährung, Unterkunft, Zugang zu sicherem und trinkbarem Wasser sowie angemessene sanitäre Anlagen, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen und schliesslich auch eine gesunde Umwelt.¹⁵⁹ Der WSK-Ausschuss betonte zudem, dass sich der Gesundheitsbegriff seit der Verabschiedung der beiden UNO-Pakte erheblich gewandelt und dessen Anwendungsbereich sich erweitert habe. So müssten bei der Auslegung von Art. 12 UNO-Pakt I Faktoren wie Ressourcenverteilung und Geschlechterdiskriminierung oder früher unbekannte Krankheiten wie z.B. HIV/AIDS, sowie nunmehr weiter verbreitete Krankheiten wie Krebs mitberücksichtigt werden.¹⁶⁰

2. Abgrenzung zu «Behinderung»

Es stellt sich die Frage, wie die Definition von Behinderung vom Gesundheitsbegriff abzugrenzen ist. Wie bereits erwähnt, wird z.T. unter Gesundheit die

¹⁵⁵ SEITZ, S. 381.

¹⁵⁶ DANIELS, S. 37 f.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 14; GOSTIN, S. 29; POLEDNA/BERGER, S. 1; RUGER, S. 312.

¹⁵⁷ UN General Assembly, Draft International Covenant on Human Rights: Report of the Third Committee, 9.2.1957, A/3525, Ziff. 145.

¹⁵⁸ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8; KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 204 f.; SEITZ, S. 384.

¹⁵⁹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 4.

¹⁶⁰ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 10.

Abwesenheit von Pathologie verstanden, also der Abweichung vom normalen Funktionieren.¹⁶¹ Einem solchen Verständnis folgend zeigt sich der Gesundheitsbegriff funktionaler: «Gesund ist – verkürzt ausgedrückt – was zweckmässig funktioniert (z.B. Körperfunktionen)».¹⁶² Dies lässt den Schluss zu, dass Funktion mit Gesundsein einhergehen muss. Auch die Verwendung der Formulierung in der WHO-Verfassung, dass Gesundheit «nicht nur» das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen sei, impliziert, dass eine Krankheit oder ein Gebrechen eine gute Gesundheit ausschliesst. Dadurch wird eine Behinderung mit schlechter Gesundheit gleichgesetzt, was durch medizinische oder gesundheitspolitische Intervention verhindert werden soll.¹⁶³

Anderer Ansicht nach ist diese Auffassung irreführend, weil der Begriff «Krankheit» zu eng gefasst ist, um den völligen Gegensatz zu Gesundheit darzustellen. Vielmehr handelt es sich bei einem Funktionsdefizit oder einer Behinderung um ein soziales Konstrukt.¹⁶⁴ So basiert auch die Behindertenrechtskonvention auf einem sozialen Modell von Behinderungen.¹⁶⁵ Danach wird eine Behinderung nicht bereits in einer körperlichen, psychischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigung gesehen. Menschen zählen gemäss Art. 1 BRK erst dann zu Menschen mit einer Behinderung im Sinne der Konvention, wenn diese Beeinträchtigungen in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Um ein zeitgemässes Verständnis von Gesundheit zu fördern, schlägt eine Gruppe von amerikanischen Experten basierend auf ihrer Arbeit mit Menschen mit Behinderung folgende Definition des Gesundheitsbegriffs vor:

«Health is the dynamic balance of physical, mental, social, and existential well-being in adapting to conditions of life and the environment.»¹⁶⁶

Nach dieser Definition ist Gesundheit insofern dynamisch, als sie von ökologischen, sozialen und persönlichen Faktoren beeinflusst wird. Zu den persönlichen Faktoren gehören Werte, Erwartungen und Präferenzen sowie die individuelle Identität. Werte, Präferenzen und Erwartungen werden wiederum von umweltbezogenen und sozialen Faktoren wie Kultur, sozialem Status, systemischem Rassismus, Regierungspolitik oder wirtschaftlichen Umständen beeinflusst. Für die Definition der Gesundheit ist es folglich entscheidend, dass

¹⁶¹ DANIELS, S. 37.

¹⁶² GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 18.

¹⁶³ KRAHN/ROBINSON/MURRAY ET AL., S. 2.

¹⁶⁴ DANIELS, S. 36; TOBIN, S. 11.

¹⁶⁵ MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 9.

¹⁶⁶ KRAHN/ROBINSON/MURRAY ET AL., S. 2 f.

Menschen die Freiheit haben, nach ihren Werten und religiösen Praktiken zu leben, ohne Angst vor Verfolgung. Zudem kann nach dieser Definition eine gute Gesundheit auch dann bestehen, wenn Einschränkungen vorhanden sind, wie sie beispielsweise mit einer Behinderung einhergehen. Somit können auch Menschen, die eine Behinderung haben, gesund sein. Diesem Gesundheitsbegriff folgend muss Funktion nicht mit Gesundsein einhergehen.¹⁶⁷ Schliesslich unterscheidet auch die WHO mittlerweile zwischen Gesundheit und Funktion.¹⁶⁸

3. Fazit zum Begriff der Gesundheit

Der Gesundheitsbegriff kann nicht einheitlich und juristisch präzise definiert werden. Gemäss Präambel der WHO-Verfassung umfasst der Begriff der Gesundheit drei Bereiche: das körperliche, das geistige sowie das soziale Wohlergehen einer Person. Demnach bedeutet gesund sein nicht nur, dass eine Person keine Krankheit oder Gebrechen hat. Vielmehr stellt Gesundheit das dynamische Gleichgewicht von körperlichem, geistigem, sozialem und existenziellem Wohlbefinden dar, welches sich an die Bedingungen des Lebens und der Umwelt anpasst.

Die zentrale völkerrechtliche Bestimmung des Rechts auf Gesundheit findet sich in Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt I wieder. Dieser Artikel spricht vom Höchstmass an erreichbarer körperlicher und geistiger Gesundheit. Diese Herangehensweise trägt dem Umstand Rechnung, dass der Gesundheitszustand einer Person sowohl von individuellen als auch von sozialen Faktoren – und nicht nur von einem pathologischen Zustand – sowie von den einem Staat zur Verfügung stehenden Mitteln abhängt.¹⁶⁹

II. Rechtliche Verankerungen

Das Recht auf Gesundheit ist in verschiedenen Instrumenten auf internationaler sowie nationaler Ebene verankert. Nachfolgend wird ein Überblick dar-

¹⁶⁷ KRAHN/ROBINSON/MURRAY ET AL., S. 3.

¹⁶⁸ Vgl. dazu die Klassifikation der WHO «*International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*», gutgeheissen in der 54. Weltgesundheitsversammlung vom 22.5.2001 in Resolution WHA 54.21. Es handelt sich um eine Klassifikation von Gesundheit und gesundheitsbezogenen Bereichen, abrufbar unter <https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

¹⁶⁹ KRAHN/ROBINSON/MURRAY ET AL., S. 2 f.; TOBIN, S. 11.

über gegeben. Dabei wird der Fokus auf Menschenrechtsverträge gelegt, welche die wichtigste Rechtsquelle des Völkerrechts darstellen.¹⁷⁰ Danach wird aufgezeigt, wie das Recht auf Gesundheit im schweizerischen Recht niedergelegt ist.

1. Rechtliche Verankerung im internationalen Recht

Das Recht auf Gesundheit ist ein grundlegender Bestandteil der Menschenrechte und des Verständnisses von einem Leben in Würde. Auf internationaler Ebene wurde es erstmals in der Verfassung der WHO im Jahr 1946 formuliert.¹⁷¹ Wie bereits erwähnt, definiert deren Präambel Gesundheit als *«ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen»*. Weiter heisst es in der Präambel: *«Der Besitz des bestmöglichen Gesundheitszustandes bildet eines der Grundrechte jedes menschlichen Wesens, ohne Unterschied der Rasse, der Religion, der politischen Anschauung und der wirtschaftlichen oder sozialen Stellung.»*

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) der UNO-Generalversammlung von 1948 erwähnte die Gesundheit ebenfalls, und zwar im Rahmen des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard:

*«Jeder hat das Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschliesslich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen, sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände.»*¹⁷²

Die AEMR sowie die Präambel der WHO-Verfassung sind rechtlich nicht bindend. Dennoch wird im Menschenrechtsdiskurs immer wieder auf die darin enthaltenen Definitionen, allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie völkergewohnheitsrechtlichen Garantien des Menschenrechtsschutzes Bezug genommen. Eine eigenständige und völkerrechtlich verbindliche Verankerung erhielt das Recht auf Gesundheit im Internationalen Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen

¹⁷⁰ Vgl. Art. 38 IGH-Statut (SR 0.193.501). Um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen, wird auf die gewohnheitsrechtliche Anerkennung dieses Menschenrechts nicht eingegangen, ebenso wenig auf die Frage, ob allgemeine Rechtsgrundsätze als mögliche Rechtsquelle für das Recht auf Gesundheit herangezogen werden können.

¹⁷¹ OHCHR, Right to Health, S. 1; Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22.7.1946 (SR 0.810.1).

¹⁷² Art. 25 Abs. 1 AEMR.

und kulturellen Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I).¹⁷³ In dessen Art. 12 Abs. 1 erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden Menschen auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit an. Im zweiten Absatz sind Massnahmen enthalten, welche die Vertragsstaaten zur vollen Verwirklichung dieses Rechts zu unternehmen haben. Diese Massnahmen umfassen die Senkung der Anzahl Totgeburten und der Kindersterblichkeit, die gesunde Entwicklung des Kindes, die Verbesserung der Umwelt- und Arbeitsbedingungen, die Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten sowie die Schaffung von Voraussetzungen, dass im Krankheitsfall medizinische Einrichtungen und ärztliche Betreuung für alle Menschen sichergestellt werden.

Des Weiteren ist das Recht auf Gesundheit in Art. 5 lit. e (iv) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), in Art. 11 Abs. 1 lit. f und Art. 12 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), in Art. 24 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK) sowie in Art. 25 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) enthalten. All diese Abkommen wurden von der Schweiz ratifiziert und gelten somit auch auf landesrechtlicher Ebene.¹⁷⁴

Auch in diversen regionalen Menschenrechtsinstrumenten ist das Recht auf Gesundheit anerkannt, so z.B. in Art. 11 der Europäischen Sozialcharta, Art. 16 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker oder in Art. 10 des Zusatzprotokolls zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

2. Rechtliche Verankerung im schweizerischen Recht

A. Zielnormen im Bundesrecht

Das Recht auf Gesundheit kennt das schweizerische Recht nicht.¹⁷⁵ Im Bundesrecht existieren Vorschriften zum Schutz und zur Förderung der Gesund-

¹⁷³ KRENNERICH, Menschenrecht auf Gesundheit, S. 59 f. Die Schweiz hat diesen Pakt am 18. Juni 1992 ratifiziert und am 18. September 1992 ist er für die Schweiz in Kraft getreten.

¹⁷⁴ KÄELIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, S. 115 f. Zur direkten Anwendbarkeit siehe [Kapitel 2 unter III. 2.](#) und zur entsprechenden Praxis dieser UNO-Menschenrechts-gremien zu ihrem jeweiligen Recht auf Gesundheit siehe [Kapitel 2 unter VI. 2.](#)

¹⁷⁵ Gesundheitsrechtliche Fälle werden vom BGer über das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit nach Art. 10 Abs. 2 BV, die Men-

heit der Bevölkerung. Diese sind zum einen im Rahmen von Kompetenzen in der BV verankert. Zum anderen enthält die BV bestimmte Zielnormen, aus denen sich die Ziele der Gesundheitspolitik ergeben.¹⁷⁶ Beispielsweise trifft der Bund gemäss Art. 118 Abs. 1 BV, der zentralen Zielbestimmung für den Bund im Gesundheitsrecht,¹⁷⁷ im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit. Damit ist der Schutz vor unmittelbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen gemeint. Mittelbare Beeinträchtigungen, etwa solche, die durch Lärm oder durch die Luft verursacht werden, sind vom Schutzauftrag des Umweltschutzartikels gemäss Art. 74 BV abgedeckt. Eine weitere Zielnorm stellt Art 118a BV dar, wonach Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Berücksichtigung der Komplementärmedizin sorgen. Zudem liegt auch in Art. 117a Abs. 1 BV eine Zielnorm.¹⁷⁸ Nach diesem Artikel sorgen Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität.

Darüber hinaus enthält Art. 41 BV wichtige Sozialziele. Art. 41 Abs. 4 BV hält in prägnanter Weise fest, dass aus den Sozialzielen keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden können. Nach Art. 41 Abs. 1 lit. b setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Damit ist nicht nur die Pflege bei Krankheit gemeint, sondern alle Aspekte möglicher Beeinträchtigungen der Gesundheit. Des Weiteren gehört auch die Prävention zur Gesundheit im Sinne des Sozialziels. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV ist in diesem Zusammenhang auch im Licht von Art. 12 UNO-Pakt I auszulegen, der auf internationaler Ebene ein gleichartiges Ziel für die Mitgliedstaaten enthält.¹⁷⁹ Zudem ist Art. 41 Abs. 1 lit. b BV wesentlich für die Auslegung von Art. 10 Abs. 2 BV, der die körperliche und geistige Unversehrtheit garantiert. Aus der Verbindung dieser beiden Artikel kann somit ein «*soziales Individualrecht auf ärztliche Betreuung*» abgeleitet werden.¹⁸⁰ Betreffend die Frage nach dem öffentlichen Interesse einer Zwangsmedikation hielt das BGer z.B. Folgendes fest:

schenwürde nach Art. 7 BV oder die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV abgehandelt. Siehe dazu in diesem Kapitel unter [VI.3](#).

¹⁷⁶ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 148.

¹⁷⁷ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 112 ff. betr. die weiteren Bundeskompetenzen im Gesundheitsrecht.

¹⁷⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 152.

¹⁷⁹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 151; BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 41 N. 42.

¹⁸⁰ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 41 N. 40 mit Verweis auf die diesbezügliche frühere Rechtsprechung des BGer in BGE 97 I 45 E. 3 sowie BGE 130 I 16 E. 5.2. Siehe auch SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 10 N.27. Anderer Ansicht GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N. 35.

«Die persönliche Freiheit, die die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sichern soll, kann für eine minimale Sorgspflicht ebenso herangezogen werden wie der Anspruch auf minimale Hilfe und Betreuung nach Art. 12 BV oder die Verpflichtung des Gemeinwesens zur Leistung der für die Gesundheit notwendigen Pflege gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.»¹⁸¹

Die Sozialziele sind somit «im gesamten Verfassungskontext im Verbund mit anderen Zielsetzungen zu begreifen».¹⁸² Schliesslich können die Sozialziele beigezogen werden, wenn es um die Anerkennung von potenziellen neuen sozial ausgerichteten Grundrechten oder um die Konkretisierung von grundrechtlichen Leistungsansprüchen geht.¹⁸³ Es entspricht schliesslich auch dem Gebot der systematischen Auslegung, dass Sozialziele herangezogen werden, wenn Normen, die Leistungsansprüche beinhalten, zu interpretieren sind.¹⁸⁴

B. Kantonales Recht

Ein ausdrückliches Recht auf körperliche oder geistige Gesundheit sowie auf medizinische oder psychiatrische Behandlung ist weder in der BV noch im sonstigen Bundesrecht anerkannt.¹⁸⁵ Immerhin sind aber Teilgehalte dieses Rechts in einzelnen kantonalen Verfassungen verankert: So anerkennt z.B. die Genfer Kantonsverfassung in Art. 19 ihres Grundrechtskatalogs, dass jede Person das Recht auf ein Leben in einer gesunden Umwelt hat.¹⁸⁶ Zudem sind in Art. 5 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Glarus, der die persönliche Freiheit garantiert, das Recht auf Schutz der Gesundheit sowie der Schutz vor Missbrauch der eine Person betreffenden Daten mitenthaltend.¹⁸⁷ Schliesslich darf gemäss Art. 7 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Tessin niemand u.a. wegen seines Gesundheitszustands benachteiligt oder bevorzugt werden.¹⁸⁸

¹⁸¹ BGE 130 I 16, E. 5.2. GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N. 35.

¹⁸² GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N. 12.

¹⁸³ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 41 N. 6; BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 41 N. 97; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N. 26.

¹⁸⁴ KÜNZLI/WEBER, S. 15.

¹⁸⁵ SEITZ, S. 380.

¹⁸⁶ Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234).

¹⁸⁷ Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 (SR 131.217).

¹⁸⁸ Verfassung von Republik und Kanton Tessin vom 14. Dezember 1997 (SR 131.229).

III. Das Recht auf Gesundheit: ein soziales Menschenrecht

Das Recht auf Gesundheit gehört zu den sozialen Menschenrechten, die lange Zeit als den bürgerlichen und politischen Rechten unterlegen sowie als nicht justiziabel angesehen wurden. Diese Ansichten werden nachfolgend vorgestellt.

1. Rechte der «zweiten Generation»?

Die Rechte, die in der Allgemeinen Erklärung für Menschenrechte sowie in den nachfolgenden Verträgen festgelegt sind, wurden häufig in zwei Generationen unterteilt. Seit einiger Zeit wird noch eine dritte Generation vorgeschlagen.¹⁸⁹

Die Menschenrechte der «ersten Generation» wurden generell als bürgerliche und politische Rechte bezeichnet. Sie beinhalten u.a. das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit, Ansprüche auf Rechtsschutz, Religions- und Meinungsäusserungsfreiheit sowie die Freiheit, politische Rechte auszuüben. Sie dienen von ihrem Ursprungszweck her als Abwehrrechte.¹⁹⁰

Wirtschaftliche, soziale und kulturelle (WSK-)Rechte gehörten nach dieser Einstufung den Menschenrechten der «zweiten Generation» an. Ihren historischen Ursprung finden sie in den Massnahmen, die im 19. Jahrhundert zur Lösung sozialer Probleme, die durch die Verarmung und wirtschaftliche Ausbeutung grosser Teile der Bevölkerung im Zuge der Industrialisierung in Europa entstanden sind, ergriffen wurden. Zu den WSK-Rechten gehören z.B. das Recht auf Nahrung, Unterkunft und Gesundheit, das Recht auf menschenwürdige Arbeitsbedingungen sowie das Recht auf Bildung. Sie bezwecken, den einzelnen Personen den diskriminierungsfreien Zugang zu bestimmten Ressourcen, Gütern und Dienstleistungen zu ermöglichen bzw. sie daran teilhaben zu lassen. Zudem verpflichten diese Menschenrechte die Staaten dazu, Massnahmen zu ergreifen, um die vollständige Verwirklichung dieser Rechte schrittweise zu erreichen.¹⁹¹

Menschenrechte der «dritten Generation» umfassen kollektive Rechte, wie das Recht auf Entwicklung, Frieden und saubere Umwelt. Sie entwickelten sich in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts und sind bisher noch

¹⁸⁹ KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.3; KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 20.

¹⁹⁰ GHAJATI, S. 29; KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.3; SSENYONJO, N. 1.14.

¹⁹¹ GHAJATI, S. 29; KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.3; SSENYONJO, N. 1.15.

kaum kodifiziert. Ihr rechtlicher Inhalt ist damit noch weitgehend unklar und sie stossen insbesondere seitens Industriestaaten auf Widerstand.¹⁹²

Diese traditionelle Sichtweise führt dazu, dass WSK-Rechte als den bürgerlich-politischen Rechten unterlegen angesehen werden.¹⁹³ Dies lag daran, dass bürgerliche und politische Rechte als klassische Freiheitsrechte verstanden wurden, während WSK-Rechte als «*ressourcenabhängige positive Leistungsrechte*» galten, die sich nicht hinreichend konkretisieren liessen.¹⁹⁴ So wird den WSK-Rechten oft die Fähigkeit abgesprochen, Staaten klare Verpflichtungen auferlegen zu können. Bürgerliche und politische Rechte werden daher als die «*echten Rechte*» bezeichnet, da sie negative Pflichten im Sinne eines staatlichen Unterlassens fordern und sofortige, kostenfreie Umsetzung nach sich ziehen. Demgegenüber erfordern WSK-Rechte positive Pflichten der Staaten, sie sind von Ressourcen abhängig und können nur im Laufe der Zeit verwirklicht werden.¹⁹⁵ Denn WSK-Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie progressiv zu verwirklichen sind:

*«Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.»*¹⁹⁶

Zur Zeit seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 3 aus dem Jahr 1990 beschrieb der WSK-Ausschuss die progressive Verwirklichungspflicht als notwendiges Mittel dahingehend, dass diese Rechte flexibel gestaltet werden können. Der Ausschuss betonte, dass den Realitäten und Schwierigkeiten in jedem Land bei der Gewährleistung der WSK-Rechte Rechnung zu tragen sei. Dennoch müssten diese so schnell und wirksam wie möglich erfüllt werden und absichtlich rückschrittliche Massnahmen seien sorgfältig zu überprüfen und vollumfänglich zu rechtfertigen.¹⁹⁷

Mittlerweile wird von der Doktrin und Praxis überwiegend anerkannt, dass sowohl bürgerliche und politische als auch WSK-Rechte die Staaten einerseits

¹⁹² KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.3; SSENYONJO, N. 1.16.

¹⁹³ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 20; SSENYONJO, N. 1.18.

¹⁹⁴ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 339.

¹⁹⁵ FELNER, S. 406 f.; vgl. dazu auch GHAJATI, S. 29 und SSENYONJO, N. 10.67 f.

¹⁹⁶ Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I.

¹⁹⁷ CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 9.

positiv zu einem Tun sowie negativ zu einem Unterlassen verpflichten.¹⁹⁸ Auch WSK-Rechte ziehen Pflichten für Staaten nach sich, die unmittelbar umsetzbar sind und wenige Ressourcen erfordern.¹⁹⁹ Zudem muss beachtet werden, dass auch bürgerliche und politische Rechte teilweise erst über einen längeren Zeitraum hinweg umgesetzt werden und dafür Ressourcen erforderlich sind.²⁰⁰

So stellen sich gewisse Menschenrechtsexpertinnen und -experten auf den Standpunkt, dass bürgerliche und politische Rechte mehr Gemeinsamkeiten mit WSK-Rechten aufweisen würden, als oft anerkannt werde.²⁰¹ Gewisse bürgerliche und soziale Rechte sind sogar näher miteinander verbunden als bürgerliche und politische Rechte, so beispielsweise, mit Blick auf das Sklaverei- und Zwangsarbeitsverbot, das Recht auf Arbeit sowie faire Arbeitsbedingungen. Betreffend das Recht auf Gesundheit besteht sodann ein enger inhaltlicher Zusammenhang zum Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit sowie – in lebensbedrohlichen Fällen – zum Recht auf Leben. Letzteres Fallbeispiel zeigt denn auch auf, wie sich auch aus bürgerlichen und politischen Rechten aktive Handlungspflichten für WSK-Rechte ergeben können. Aus diesen Gründen sollten Menschenrechte nicht mehr nach Generationen voneinander abgegrenzt werden. Vielmehr sollten ihre unterschiedlichen inhaltlichen Merkmale zentral für deren Unterscheidung sein.²⁰² Dementsprechend werden nachfolgend in diesem Kapitel die inhaltlichen Merkmale des Rechts auf Gesundheit sowie die staatlichen Verpflichtungen, die sich aus diesem Recht ergeben, dargelegt.

2. Justiziabilität von WSK-Rechten

Bei der Frage der Justiziabilität von internationalen Menschenrechten geht es um die Möglichkeit von Individuen, ihre Ansprüche im Einzelfall gerichtlich durchsetzen zu können.²⁰³ Dies wiederum hängt von der Ausgestaltung einer völkerrechtlichen Norm ab. Denn nicht alle völkerrechtlichen Bestimmungen

¹⁹⁸ BOYLE, S. 75; FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 159 ff.; KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.68; HATHAWAY/FOSTER, S. 203; SSENYONJO, N. 1.19 und N. 10.69. Vgl. dazu auch NOWAK, S. 35–37.

¹⁹⁹ KRENNERICH, *Soziale Menschenrechte*, S. 340 f.

²⁰⁰ KRENNERICH, *Soziale Menschenrechte*, S. 340; YOUNG, *Waiting for Rights*, S. 654 ff.

²⁰¹ FELNER, S. 407; vgl. dazu auch KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.4.

²⁰² KRENNERICH, *Soziale Menschenrechte*, S. 341 f. Oder, wie BOSSUYT es auf S. 15 treffend formulierte: «*There seems to be no legal criterion to distinguish between economic and social rights.*»

²⁰³ KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.77; KRAJEWSKI, Ziff. 12 N. 112; SSENYONJO, N. 10.66. Zur unterschiedlichen Bedeutung des Begriffs der Justiziabilität siehe KLEE, S. 88 ff.; KRENNERICH, *Soziale Menschenrechte*, S. 117 ff. oder TOEBES, S. 168 ff.

begründen direkt Rechte und Pflichten. Manche bedürfen der inhaltlichen Differenzierung durch die innerstaatliche Gesetzgebung. Daher wird die Unterteilung völkerrechtlicher Normen in direkt anwendbare (*self-executing*) und nicht direkt anwendbare (*non-self-executing*) Bestimmungen vorgenommen. Nur direkt anwendbare Normen erlauben es einer einzelnen Person, sich direkt auf sie zu berufen.²⁰⁴ Welche Normen eines völkerrechtlichen Vertrags direkt anwendbar sind und welche nicht, bestimmen die Staaten. Dies ist eine «Frage der Gewichtung der nationalen Souveränität gegenüber dem Völkerrecht.»²⁰⁵ Denn aufgrund des Grundsatzes der territorialen Souveränität sind die Staaten selbst für die Rechtsdurchsetzung auf ihrem Staatsgebiet verantwortlich.²⁰⁶ Dabei ist gemäss Völkerrecht nicht erforderlich, dass Staaten ihren Bürgerinnen und Bürgern die direkte Berufung auf Menschenrechtsabkommen erlauben. Sie müssen ihnen aber immerhin die Möglichkeit geben, sich sinngemäss auf die Menschenrechte zu berufen, die den betreffenden Staat binden.²⁰⁷

Da von WSK-Rechten teilweise behauptet wird, dass sie nicht unmittelbar anwendbar seien, wird ihnen auch die Justiziabilität abgesprochen.²⁰⁸ Ein Grund dafür wird in der Schwierigkeit gesehen, diesen Rechten einen normativen Inhalt zu geben und Verletzungen zu identifizieren, da sie im Sinne einer schrittweisen Verwirklichung formuliert sind.²⁰⁹ Gemäss FOSTER wurden jedoch in den letzten Jahren beträchtliche Fortschritte dabei erzielt, diesen Rechten einen aussagekräftigen Inhalt zu geben. Es wurden Verpflichtungen festgelegt und eine konkrete Grundlage für die Feststellung von Verstössen geschaffen.²¹⁰ So wurden in den 1980er Jahren die Limburger Prinzipien, gefolgt von den Maastricht Richtlinien sowie schliesslich der Montreal Prinzipien²¹¹ verabschiedet. Diese Instrumente tragen zu einem besseren Verständnis der Ver-

²⁰⁴ KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, S. 131; KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.132; KRAJEWSKI, Ziff. 5 N. 16-19.

²⁰⁵ KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, S. 132.

²⁰⁶ KÄLIN/KÜNZLI, N. 6.6. Vgl. dazu KRAJEWSKI, Ziff. 8 N. 7 ff.

²⁰⁷ KÄLIN/KÜNZLI, N. 6.15. Vgl. dazu SSENIONJO, N. 10.75.

²⁰⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 89; KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.131.

²⁰⁹ CHEN/RENTELN, S. 198; SSENIONJO, N. 10.68.

²¹⁰ FOSTER, Refuge from Deprivation, S. 163.

²¹¹ Die *Montréal Principles on Women's Economic, Social and Cultural Rights* wurden von einer Expertengruppe während einer Konferenz vom 7.-10.12.2002 in Montreal, Kanada, verabschiedet. Diese Grundsätze sollen als Leitlinie für die Auslegung und Umsetzung der Garantien der Nichtdiskriminierung und der gleichberechtigten Ausübung und Inanspruchnahme von WSK-Rechten dienen, die unter anderem in Art. 3 und Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I enthalten sind, damit Frauen diese Rechte uneingeschränkt und gleichberechtigt wahrnehmen können.

pflichtungen, die WSK-Rechten beinhalten, bei. Zudem hat der UNO-Ausschuss für WSK-Rechte Kernverpflichtungen zu jedem Recht des Paktes festgelegt.²¹² Schliesslich wurde mit dem Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt I, welches am 5. Mai 2013 in Kraft getreten ist, eine konkrete Basis für die Verletzung von Rechten aus dem UNO-Pakt I geschaffen. Dieses Protokoll enthält für diesen Fall in Art. 2 ein Individualbeschwerderecht. Die Verabschiedung dieses Fakultativprotokolls sowie auch des Fakultativprotokolls zur Behindertenrechtskonvention, die ebenfalls WSK-Rechte enthält, verdeutlicht die internationale Akzeptanz der Justiziabilität von WSK-Rechten.²¹³ Auch in der Lehre wird die Justiziabilität von WSK-Rechten mittlerweile grösstenteils bejaht.²¹⁴ Spezifisch auf das Recht auf Gesundheit bezogen hat der Ausschuss für WSK-Rechte explizit betont, dass dieses Recht im Bereich seiner Kernpflichten justiziabel sei.²¹⁵

3. Fazit zum Recht auf Gesundheit als soziales Menschenrecht

Internationale Menschenrechte können wie folgt umschrieben werden:

«Die Summe von bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und kollektiven Rechten, die in internationalen und regionalen Menschenrechtsinstrumenten sowie in den Verfassungen der Staaten festgeschrieben sind.»²¹⁶

Durch diese Umschreibung wird betont, dass Menschenrechte unteilbar und interdependent miteinander verknüpft sind.²¹⁷ Es wurde aufgezeigt, dass sowohl bürgerliche und politische Rechte sowie WSK-Rechte sowohl positive als auch negative Staatenpflichten beinhalten. Diese werden betreffend das Recht auf Gesundheit nachfolgend aufgezeigt. Durch die Festlegung dieser Verpflichtungen besteht folglich eine Grundlage, um Verletzungen von WSK-

²¹² FOSTER, S. 163.

²¹³ WYTENBACH/SCHLAEPPI, S. 432. Vgl. dazu CHEN/RENTELN, S. 198 sowie KRAJEWSKI, Ziff. 12 N. 112.

²¹⁴ BOYLE, S. 75 f.; CHEN/RENTELN, S. 198; FOSTER, S. 162 ff.; KRAJEWSKI, Ziff. 12 N. 112; KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 117 ff.; NOWAK, S. 64; SSENIONJO, N. 10.69 ff.; TOBIN, S. 253; TOEBES stellte sich in ihrer Dissertation aus dem Jahr 1999 auf den Standpunkt, dass zumindest gewisse Teilaspekte des Rechts auf Gesundheit justiziabel sein sollten, S. 168 ff. Vgl. auch TOEBES/Ó CATHAOIR, S. 46–51.

²¹⁵ CESCER, GC Nr. 14, Ziff. 43 und 60.

²¹⁶ NOWAK, S. 13.

²¹⁷ KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.4; NOWAK, S. 39.

Rechten festzustellen. Schliesslich wurde mit Inkrafttreten des Fakultativprotokolls zum UNO-Pakt I ein internationales Individualbeschwerdesystem für WSK-Rechte geschaffen. Dies stellt einen weiteren wichtigen Schritt dahingehend dar, diesen Rechten die ihnen gebührende Justiziabilität zuzuerkennen.

IV. Grundzüge und Verpflichtungen

Das Recht auf Gesundheit erstreckt sich nicht nur darauf, einer Person im Falle einer Krankheit die notwendigen Medikamente sowie die entsprechende medizinische Behandlung zugänglich zu machen. Der WSK-Ausschuss betont, dass das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I ein umfassendes Recht sei, welches auch die der Gesundheit zugrundeliegenden Faktoren umfasse. Von diesen stehen nur einige im Kontext der vorliegenden Fragestellung im Vordergrund.²¹⁸

Die sozioökonomischen Bedingungen, die gemäss WSK-Ausschuss geschaffen werden sollten, damit Menschen ein gesundes Leben führen können, umfassen etwa den Zugang zu Trinkwasser und angemessener sanitärer Versorgung, gesunde Arbeits- und Umweltbedingungen, eine ausreichende Versorgung mit sicheren Nahrungsmitteln und Wohnraum sowie den Zugang zu gesundheitsbezogener Bildung und Information, auch in Bezug auf die sexuelle und reproduktive Gesundheit. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die Beteiligung der Bevölkerung an allen gesundheitsbezogenen Entscheidungen auf kommunaler, nationaler und internationaler Ebene.²¹⁹ Zudem geniessen alle Menschen, die sich auf dem Hoheitsgebiet eines Staates befinden, den Schutz des Rechts auf Gesundheit, so auch Asylsuchende, Menschen ohne geregelten Aufenthaltsstatus oder inhaftierte Personen.²²⁰

Im Folgenden werden die Kernelemente des Rechts auf Gesundheit vorgestellt, bevor die wichtigsten aus diesem Recht fließenden Verpflichtungen präsentiert werden.

1. Essenzielle Elemente

Der WSK-Ausschuss hat in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 zum Recht auf Gesundheit vom 11. August 2000 Kategorien betreffend die Gesundheits-

²¹⁸ Siehe dazu [Kapitel 2 unter V.](#)

²¹⁹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 11.

²²⁰ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 207, CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 34.

fürsorge und ärztliche Betreuung aufgestellt. Dadurch werden die notwendigen Elemente für die Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit erläutert, welche dann von den in einem bestimmten Vertragsstaat vorherrschenden Bedingungen abhängen.²²¹

Im Jahr 2002 ernannte die UNO-Menschenrechtskommission PAUL HUNT als ersten Sonderberichterstatter für das Recht auf Gesundheit. Dieses Mandat beinhaltete u.a. die Erstellung von Studien über die Einhaltung dieses Menschenrechts und die Formulierung von daraus resultierenden Empfehlungen.²²² HUNT veröffentlichte im Jahr 2003 einen Bericht, in dem er die Ziele seiner Amtszeit darlegte. Diese lagen u.a. in der Ausarbeitung der Konturen und des Inhalts des Rechts auf Gesundheit. Dabei berücksichtigte er die wesentlichen Elemente aus der Allgemeinen Bemerkung Nr. 14, die im Folgenden aufgezeigt werden.²²³

A. Verfügbarkeit («availability»)

Ein wesentliches Element des Rechts auf Gesundheit ist, dass funktionierende Einrichtungen, Güter und Dienstleistungen des öffentlichen Gesundheitswesens und der Gesundheitsfürsorge in ausreichender Menge zur Verfügung stehen müssen. Deren genaue Beschaffenheit ist zwar abhängig von zahlreichen Faktoren, u.a. vom Entwicklungsstand eines Staates. Dennoch müssen grundlegende Gesundheitsfaktoren vorhanden sein, wie sauberes Trinkwasser und angemessene sanitäre Anlagen sowie Krankenhäuser, Kliniken und andere Gesundheitseinrichtungen. Schliesslich müssen ausreichend ausgebildetes und entlohntes medizinisches Personal sowie die gemäss WHO-Standards unentbehrlichen Arzneimittel vorhanden sein.²²⁴

B. Zugänglichkeit («accessibility»)

Entscheidend ist, dass Gesundheitseinrichtungen, -güter und -dienstleistungen für alle Menschen diskriminierungsfrei zugänglich sein müssen, vor allem für besonders marginalisierte oder schutzbedürftige Personengruppen einer Bevölkerung.²²⁵ Dies ist denn auch eine der Kernverpflichtungen, die gemäss

²²¹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12.

²²² UNO-Menschenrechtskommission, Resolution 2002/31 vom 22.4.2002, E/CN.4/RES/2002/31.

²²³ Special Rapporteur, Report 2003, Ziff. 23, Ziff. 26 f., Ziff. 30 ff., Ziff. 60 f.

²²⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12 (a).

²²⁵ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12 (b).

WSK-Ausschuss aus dem Recht auf Gesundheit erwächst.²²⁶ Des Weiteren müssen Gesundheitseinrichtungen, -güter und -dienstleistungen physisch, also in sicherer Reichweite zugänglich sein, insbesondere für Frauen, Kinder, ältere Menschen sowie Personen mit Behinderungen. Zudem müssen Gesundheitseinrichtungen, -güter und -dienstleistungen für alle erschwinglich sein. So sollen öffentliche oder private medizinische Dienstleistungen für alle Menschen, einschliesslich Angehöriger sozial benachteiligter Gruppen, finanziell tragbar sein. Schliesslich muss das Recht der Menschen garantiert werden, gesundheitsrelevante Informationen suchen, erhalten und weitergeben zu können, ohne dass dabei der Vertrauensschutz betreffend persönliche Gesundheitsdaten beeinträchtigt wird.²²⁷

C. Annehmbarkeit («acceptability»)

Des Weiteren haben alle Gesundheitseinrichtungen, -güter und -dienstleistungen medizinisch-ethischen Standards zu entsprechen. Zudem muss die Vertraulichkeit gewahrt und die Verbesserung des Gesundheitszustands der betreffenden Personen angestrebt werden. Dabei müssen die medizinischen Einrichtungen sowie die ärztliche Behandlung auch kulturell angemessen sein. So muss die Kultur der einzelnen Menschen sowie auch von Minderheiten, Völkern und Gemeinschaften respektiert werden, wobei geschlechts- und altersspezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist.²²⁸

D. Qualität («quality»)

Schliesslich müssen Gesundheitseinrichtungen, -güter und -dienstleistungen in wissenschaftlicher und medizinischer Hinsicht angemessen und von guter Qualität sein. Daraus folgt unter anderem das Erfordernis, dass qualifiziertes medizinisches Personal die medizinische Versorgung gewährleistet. Zudem müssen medizinische Standards für Arzneimittel, Geräte und Krankenhausausstattung eingehalten werden sowie sicheres Trinkwasser und angemessene sanitäre Einrichtungen vorhanden sein.²²⁹

²²⁶ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 43 (a).

²²⁷ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12 (b).

²²⁸ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12 (c). SAUL/KINLEY/MOWBRAY vertreten die Ansicht, dass dieses Element keine eigenständige praktische Relevanz hat, siehe S. 994.

²²⁹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12 (d).

E. Praktische Bedeutung dieser Kernelemente

Wie vorgehend aufgezeigt wurde, werden diese Kernelemente des Rechts auf Gesundheit z.B. vom EGMR in Wegweisungsfällen von schwerkranken Personen herangezogen.²³⁰ Er nahm zwar keinen direkten Bezug auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 14 des WSK-Ausschusses. Doch in seinem *Paposhvili*-Urteil legte er genau diese Kriterien fest, deren Vorliegen in solchen Fällen von den wegweisenden Staaten zu beurteilen sind: So müssen die Behörden des wegweisenden Staates u.a. überprüfen, ob die Behandlung im Aufnahmestaat verfügbar ist und ob die betreffende Person tatsächlich Zugang dazu hat. Zudem sind auch die Kosten der Behandlung sowie der Weg zum Behandlungsort zu berücksichtigen.²³¹ Diese Rechtsprechung wird auch vom Schweizer BVGer angewandt.²³² Auch der Kinderrechtsausschuss überprüft bei der Wegweisung von Kindern, ob die von ihnen benötigte medizinische Behandlung im Heimatstaat verfügbar und zugänglich ist.²³³ So wird das Recht auf Gesundheit nach Art. 24 KRK verletzt, wenn der wegweisende Staat nicht überprüft, ob die notwendige medizinische Behandlung im Heimatstaat innert der nötigen Zeit effektiv zugänglich ist.²³⁴ Derselben Argumentation folgt auch der UNO-Behindertenrechtsausschuss.²³⁵

Die zentrale Verletzung des Rechts auf Gesundheit liegt vor allem dann vor, wenn einer bestimmten Personengruppe die benötigte medizinische Versorgung nicht gewährt wird. Dies wird vom ACHPR und dem Afrikanischen Kinderrechtskomitee²³⁶ sowie von UNO-Menschenrechtsorganen wie dem Behindertenrechtsausschuss²³⁷ oder dem Frauenrechtsausschuss²³⁸ so gehandhabt.

²³⁰ Siehe [Kapitel 1 unter II. 2. A.](#)

²³¹ Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* (Grosse Kammer) vom 13.12.2016, Nr. 41738/10, Ziff. 189 f.

²³² Urteil des BVGer E-708/2022 vom 23.3.2022, E. 5.2; Urteil des BVGer F-4918/2020 vom 26.11.2021, E. 4.2, EMARK 1993 Nr. 38.

²³³ Entscheid des CRC G.R. et al. gegen die Schweiz vom 31.5.2021, Mitteilung Nr. 86/2019, Ziff. 11.6.

²³⁴ Entscheid des CRC Z.S. und A.S. gegen die Schweiz vom 10.2.2022, Mitteilung Nr. 74/2019, Ziff. 7.6.

²³⁵ Entscheid des CRPD N.L. gegen Schweden vom 28.8.2020, Mitteilung Nr. 60/2019, Ziff. 7.8 sowie Entscheid des CRPD Z.H. gegen Schweden vom 6.9.2019, Mitteilung Nr. 58/2019, Ziff. 10.9–10.11.

²³⁶ So z.B. im Entscheid der ACHPR *Democratic Republic of Congo / Burundi, Rwanda, Uganda* vom 29.5.2003, Mitteilung Nr. 227/99 oder Entscheid der ACHPR *Centre for Human Rights and Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme gegen Senegal* vom 15.4.2014, Mitteilung Nr. 003/12.

²³⁷ Siehe z.B. den Entscheid des CRPD H.M. gegen Schweden vom 19.4.2012, Mitteilung Nr. 3/2011, Ziff. 8.8 und Ziff. 9.

²³⁸ Siehe z.B. den Entscheid des CEDAW S.N. und E.R. gegen Nordmazedonien vom 24.2.2020, Mitteilung Nr. 107/2016, Ziff. 9.6.

2. Verpflichtungen

A. Die dreigliedrige Pflichtentypologie

Gemäss Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I sind die Vertragsstaaten verpflichtet, «mit allen geeigneten Mitteln» progressiv die volle Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit zu gewährleisten. Der Artikel erwähnt dabei explizit, dass vor allem gesetzgeberische Massnahmen zu ergreifen sind.²³⁹ Der WSK-Ausschuss hat jedoch festgehalten, dass mit der Verabschiedung von entsprechenden Gesetzen die Pflichten der Staaten nicht gänzlich erfüllt sind.²⁴⁰ So stellt sich die Frage, welche anderen Massnahmen geeignet sind, um die effektive Umsetzung des Rechts auf Gesundheit zu garantieren. Besonders hilfreich ist in diesem Zusammenhang die sogenannte dreigliedrige Pflichtentypologie (*tripartite typology*): Die Verpflichtung von Staaten, Menschenrechte zu achten, zu schützen und zu erfüllen (*duty to respect, protect and fulfill*).²⁴¹ Die vom Ausschuss in seiner allgemeinen Bemerkung zum Recht auf Gesundheit aufgelisteten Pflichten werden im Folgenden vorgestellt.²⁴²

a) Die Unterlassungspflicht («*duty to respect*»)

In erster Linie liegt der wirksame Schutz von menschenrechtlichen Garantien in staatlichem Unterlassen. Staaten haben in dieser Hinsicht die Pflicht, Menschenrechte zu achten («*duty to respect*»). Berechtigte haben somit einen Abwehranspruch gegenüber dem Staat.²⁴³

Bezüglich der Pflicht, das Recht auf Gesundheit zu achten, schreibt der WSK-Ausschuss vor, dass Staaten es unterlassen müssen, allen Personen, einschliesslich Gefangenen oder Inhaftierten, Minderheiten, Asylsuchenden und illegalen Einwandernden, den gleichberechtigten Zugang zu präventiven, kurativen und palliativen Gesundheitsdienstleistungen zu verweigern oder einzuschränken. Ferner dürfen sie keine diskriminierenden Praktiken als staatliche Politik durchsetzen und keine diskriminierenden Praktiken in Bezug auf den Gesundheitszustand und die Bedürfnisse von Frauen einführen. Gemäss

²³⁹ Vgl. zu den gesetzgeberischen Massnahmen TOBIN, S. 179 ff.

²⁴⁰ CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 4.

²⁴¹ Maastricht Guidelines, Ziff. 6. KÄLIN/KÜNZLI betonen in N. 3.68, dass WSK-Rechte, genau wie bürgerliche und politische Rechte, diese dreigliedrige Pflichtentypologie nach sich ziehen. Anderer Ansicht z.B. BOYLE, S. 64 f.; KOCH, S. 103.

²⁴² Für eine detaillierte Auseinandersetzung dazu vgl. z.B. KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 206 ff. oder TOBIN, S. 186 ff.

²⁴³ KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.69.

WSK-Ausschuss verbietet die Unterlassungspflicht den Staaten u.a. folgende Handlungen:

- die Durchführung von medizinischen Zwangsbehandlungen, ausser zur Behandlung psychischer Erkrankungen oder zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten;
- die Beschränkung des Zugangs zu Verhütungsmitteln und anderen Mitteln zur Erhaltung der sexuellen und reproduktiven Gesundheit;
- die Verhinderung der Beteiligung von Menschen an gesundheitsbezogenen Angelegenheiten;
- die rechtswidrige Verschmutzung von Luft, Wasser und Boden, z.B. durch Industrieabfälle aus staatlichen Einrichtungen.²⁴⁴

Die Unterlassungspflicht wird u.a. dann verletzt, wenn der Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen für bestimmte Personen oder Personengruppen aufgrund rechtlicher oder faktischer Diskriminierung verweigert wird.²⁴⁵ Bedauerlicherweise kommen solch diskriminierende Benachteiligungen immer wieder vor. Insbesondere Menschen mit *«psychisch-sozialer, intellektueller und kognitiver Beeinträchtigung»* werden diesbezüglich in vielen Ländern ausgegrenzt oder z.T. gar zwangsbehandelt oder -untergebracht.²⁴⁶ Besonders schwierig gestaltet sich der Zugang zur Gesundheitsversorgung in gewissen Staaten für LGBTQIA+ und geschlechtsdiverse Personen. In Staaten, in denen Homosexualität kriminalisiert wird, nehmen die betreffenden Personen oftmals gar keine medizinische Hilfe in Anspruch.²⁴⁷ Gesetzgebungen, welche einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen, die sexuelle Ausrichtung oder die Geschlechtsidentität pönalisieren, verletzen daher das Recht auf Gesundheit.²⁴⁸

²⁴⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 34.

²⁴⁵ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 50.

²⁴⁶ GRAUMANN, S. 72. Dies ist einer der Aspekte, der bei der Ausarbeitung der Behindertenrechtskonvention (BRK) berücksichtigt wurde, vgl. zum Ganzen GRAUMANN, S. 51 ff.

²⁴⁷ VICTOR MADRIGAL-BORLOZ, Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Bericht vom 28.7.2020, A/75/258, Ziff. 18, Ziff. 28 (b) und (c); UN High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, Bericht vom 17.11.2011, A/HRC/19/41, Ziff. 54-57.

²⁴⁸ Special Rapporteur, Report 2010, Ziff. 6.

b) Die Schutzpflicht («duty to protect»)

Die zweite Ebene der Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit ist die Pflicht, dieses Recht zu schützen («duty to protect»). Staaten müssen das Verhalten Dritter so regulieren, dass diese das Recht auf Gesundheit der Menschen auf dem jeweiligen Hoheitsgebiet nicht verletzen.²⁴⁹ Die Berechtigten haben somit einen Schutzanspruch gegenüber dem Staat.²⁵⁰ In Bezug auf die von den Staaten diesbezüglich verlangten Massnahmen hält der WSK-Ausschuss u.a. die Folgenden fest:

- Erlassen von Rechtsvorschriften oder Ergreifen von anderen Massnahmen, die den gleichberechtigten Zugang zur Gesundheitsversorgung und zu den von Dritten erbrachten, gesundheitsbezogenen Dienstleistungen gewährleisten;
- Sicherstellen, dass die Privatisierung des Gesundheitssektors keine Bedrohung für die Verfügbarkeit, Zugänglichkeit, Annehmbarkeit und Qualität von Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen darstellt;
- Verhindern, dass Dritte Frauen zwingen, sich traditionellen Praktiken, wie z.B. der Genitalverstümmelung, zu unterziehen;
- Ergreifen von Massnahmen, um alle gefährdeten oder marginalisierten Gruppen der Gesellschaft, insbesondere Frauen, Kinder, Jugendliche und ältere Menschen, vor geschlechtsspezifischen Formen der Gewalt zu schützen;
- Sicherstellen, dass Dritte den Zugang der Menschen zu gesundheitsbezogenen Informationen und Dienstleistungen nicht einschränken.²⁵¹

Die Schutzpflicht ist dann verletzt, wenn ein Staat es versäumt, alle erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um Personen in seinem Hoheitsbereich vor Verletzungen des Rechts auf Gesundheit durch Dritte zu schützen.²⁵² Auch nach Ansicht des CEDAW-Ausschusses enthält das Recht auf Gesundheit eine solche Pflicht: So stellte der CEDAW-Ausschuss beispielsweise im Fall einer 28-jährigen Afrobrasilianerin, die infolge Schwangerschaftskomplikationen nach verzögerter und unangemessener Notfallversorgung starb, fest, dass Brasilien ihr Recht auf Gesundheit nach Art. 12 Abs. 2 CEDAW verletzt hatte. Brasilien stellte sich auf den Standpunkt, nicht verantwortlich zu sein, da die

²⁴⁹ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 212.

²⁵⁰ KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.70.

²⁵¹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 35.

²⁵² CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 51.

Afrobrasilianerin wegen der schlechten Gesundheitspraktiken in einer privaten Einrichtung gestorben sei. Der Ausschuss stellte jedoch klar, dass ein Vertragsstaat unmittelbar verantwortlich sei für die Handlungen privater Einrichtungen, wenn er seine medizinischen Dienstleistungen auslagere.²⁵³ Die Schutzpflichten gebieten es folglich, dass Staaten private Gesundheitseinrichtungen kontrollieren und regulieren. Dadurch soll die Einhaltung des Diskriminierungsverbots auch im privaten Gesundheitsbereich sichergestellt werden.²⁵⁴

c) Die Gewährleistungspflicht («duty to fulfil»)

Schliesslich obliegt es den Staaten, die Menschenrechte zu gewährleisten («duty to fulfill»). Sie müssen somit sicherstellen, dass die menschenrechtlichen Garantien für die Berechtigten möglichst umfassend verwirklicht werden. Somit haben Berechtigte gegenüber dem Staat einen Leistungsanspruch.²⁵⁵

Gemäss WSK-Ausschuss verlangt die Gewährleistungspflicht u.a., dass die Staaten positive Massnahmen ergreifen, die es Einzelpersonen und Personengruppen ermöglichen und sie darin unterstützen, das Recht auf Gesundheit zu geniessen. Diese Pflicht besteht vor allem dann, wenn eine einzelne Person oder eine Personengruppe aus Gründen, die sich ihrer Kontrolle entziehen, nicht in der Lage ist, dieses Recht mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln selbst zu verwirklichen.²⁵⁶ In einem nicht abschliessenden Katalog enthält bereits Art. 12 Abs. 2 UNO-Pakt I vorwiegend Gewährleistungspflichten.²⁵⁷ Umfasst werden u.a. Massnahmen zur Senkung der Kindersterblichkeit, zur Verbesserung der Umwelt- und Arbeitsbedingungen²⁵⁸ sowie Massnahmen, die der Schaffung von Voraussetzungen dienen, damit im Krankheitsfall die betreffenden Personen medizinische Einrichtungen und ärztliche Betreuung in Anspruch nehmen können. Der WSK-Ausschuss hat weitere Massnahmen aufgestellt:

²⁵³ Entscheid des CEDAW Alyne da Silva Pimentel Teixeira gegen Brasilien vom 25.7.2011, Mitteilung Nr. 17/2008, Ziff. 7.5.

²⁵⁴ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 212.

²⁵⁵ KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.71.

²⁵⁶ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 37.

²⁵⁷ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 216.

²⁵⁸ HUNT/KHOSLA betonen auf S. 239, dass den Staaten aufgrund des Rechts auf Gesundheit die Pflicht obliegt, «to take reasonable steps to slow down and reverse climate change.»

- Sicherstellung, dass die Gesundheitsdienstleistungen kulturell angemessen sind und dass das Gesundheitspersonal geschult ist, um die besonderen Bedürfnisse gefährdeter oder marginalisierter Gruppen zu erkennen und auf sie einzugehen;
- Sicherstellung, dass der Staat seinen Verpflichtungen bei der Verbreitung geeigneter Informationen über gesunde Lebensweise und Ernährung, über schädliche traditionelle Praktiken und über die Verfügbarkeit von Dienstleistungen nachkommt;
- Unterstützung der Menschen bei informierten Entscheidungen über ihre Gesundheit.²⁵⁹

Eine Verletzung der Gewährleistungspflicht liegt beispielsweise vor, wenn die Staaten öffentliche Mittel unzureichend ausgeben oder falsch zuweisen und dies dazu führt, dass Einzelpersonen oder Personengruppen, insbesondere marginalisierte Personengruppen, das Recht auf Gesundheit nicht wahrnehmen können. Die Gewährleistungspflicht kann auch dadurch verletzt werden, dass Staaten es versäumen, Massnahmen zu ergreifen, um die ungleiche Verteilung von Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen zu verringern.²⁶⁰ So zeigte sich der WSK-Ausschuss beispielsweise besorgt darüber, dass benachteiligte und ausgegrenzte Personen in Indien keinen angemessenen Zugang zu medizinischen Leistungen in privaten Krankenhäusern haben, wobei neunzig Prozent aller Krankenhäuser in Indien privat organisiert sind. Zudem würde das universelle Gesundheitsversorgungssystem keine flächendeckende Versorgung bieten und einen erheblichen Teil der Bevölkerung ausschliessen.²⁶¹

B. Kernpflichten

Es stellt sich die Frage, welches neben der Pflicht zur Achtung, zum Schutz und zur Gewährleistung des Rechts auf Gesundheit die Kernpflichten dieses Menschenrechts sind. Diese werden im Folgenden aufgezeigt.

a) Unmittelbare vs. progressive Verwirklichung

Im Bewusstsein darüber, dass die vollständige Verwirklichung von WSK-Rechten nicht in einem kurzen Zeitraum erreicht werden kann, wurde in Art. 2

²⁵⁹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 37.

²⁶⁰ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 52.

²⁶¹ CESCR, Concluding Observations India 2008, Ziff. 38.

Abs. 1 UNO-Pakt I eine progressive, also fortschreitende²⁶² Verwirklichungspflicht festgelegt:²⁶³ Der Wortlaut in der deutschen Übersetzung spricht davon, dass die Staaten die volle Verwirklichung der Pakt-Rechte «nach und nach» mit allen geeigneten Mitteln erreichen sollen.

Im Jahr 1986 trafen sich über dreissig Expertinnen und Experten in Maastricht, u.a. um Grundsätze bezüglich der Art und des Umfangs der Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus dem UNO-Pakt I auszuarbeiten. Die Teilnehmenden einigten sich einstimmig auf die so genannten Limburger Prinzipien. Diese Grundsätze verlangen von den Staaten, so schnell wie möglich auf die Verwirklichung der Rechte hinzuwirken. Keinesfalls dürfe die progressive Verwirklichungspflicht so ausgelegt werden, dass die Staaten das Recht haben, ihre Bemühungen um die vollständige Verwirklichung der Rechte aus dem UNO-Pakt I auf unbestimmte Zeit hinauszuzögern. Vielmehr sind alle Vertragsstaaten verpflichtet, unverzüglich Schritte zu unternehmen, um ihre Verpflichtungen aus dem Pakt zu erfüllen.²⁶⁴

Der WSK-Ausschuss legte sodann in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 3 zur Rechtsnatur der Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus dem Jahr 1990 fest, dass jeder Vertragsstaat die Pflicht hat, immerhin ein Mindestmass an grundlegenden Rechten zu gewährleisten. Im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit erstreckte sich dies auf die Gewährleistung der medizinischen Grundversorgung.²⁶⁵ In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 betreffend das Recht auf Gesundheit aus dem Jahr 2000 erklärte der WSK-Ausschuss weiter, dass den Vertragsstaaten auch unmittelbar zu erfüllende Verpflichtungen zukommen würden. Dazu gehöre vor allem die Garantie, dass das Recht auf Gesundheit ohne jegliche Diskriminierung ausgeübt werden könne (Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I). Die schrittweise Verwirklichung bedeute, dass die Vertragsstaaten eine spezifische und fortdauernde Verpflichtung haben, so schnell und effektiv wie möglich auf die vollständige Verwirklichung von Art. 12 hinzuwirken.²⁶⁶

²⁶² KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 110.

²⁶³ CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 9.

²⁶⁴ Limburger Prinzipien, Ziff. 16 und 21. Dieser Meinung folgt auch KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 111.

²⁶⁵ CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 10.

²⁶⁶ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 30 f.

b) Rechtfertigung der Ressourcenknappheit?

In vielen Staaten sind die notwendigen Ressourcen nicht vorhanden, um die Nachfrage im Gesundheitsbereich zu decken.²⁶⁷ Es fragt sich, ob es aufgrund knapper Ressourcen gerechtfertigt ist, wenn die betreffenden Staaten ihren Pflichten des Rechts auf Gesundheit nicht nachkommen können. Der WSK-Ausschuss sah zur Zeit seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 3 aus dem Jahr 1990 eine Rechtfertigungsmöglichkeit vor, wenn es einem Staat nicht gelang, den minimalen Kerngehalt eines Rechts zu erfüllen: Konnte ein Staat den Nachweis erbringen, dass er trotz aller Bemühungen dieser Minimalverpflichtung nicht nachkommen konnte, so lag keine Verletzung derselben vor.²⁶⁸ Durch diese Rechtfertigungsmöglichkeit sollte der Ressourcenknappheit in gewissen Staaten Rechnung getragen werden.²⁶⁹

Im Jahr 1997 trafen sich erneut Expertinnen und Experten – anlässlich des zehnten Jahrestages der Limburger Prinzipien – in Maastricht. Dabei einigten sie sich auf die Maastricht-Leitlinien zu Verletzungen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Es wurde festgelegt, dass bestimmte Mindestverpflichtungen selbst bei Ressourcenknappheit zu erfüllen sind.²⁷⁰ So erklärte auch der WSK-Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 zum Recht auf Gesundheit im Jahr 2000, dass ein Vertragsstaat unter keinen Umständen die Nichteinhaltung der Kernverpflichtungen rechtfertigen könne.²⁷¹ Die Kernverpflichtungen umschrieb der Ausschuss wie folgt:

«(a) To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups;

(b) To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone;

(c) To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water;

(d) To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs;

²⁶⁷ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 1028.

²⁶⁸ CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 10.

²⁶⁹ KLEE, S. 191 f. Sie plädiert dafür, dass anstelle von «Kerngehalt» von «Recht auf ein Existenzminimum» gesprochen werden solle, da es um die «Minimumsüberlebensrechte Basisernährung, Basisunterkunft und Basisgesundheitsförderung sowie Basisbildung» gehe und der Begriff des Kerngehalts wenig aussagekräftig sei, vgl. S. 195 f.

²⁷⁰ Maastricht Guidelines, Ziff. 9 und 10.

²⁷¹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 47.

- (e) To ensure equitable distribution of all health facilities, goods and services;
- (f) To adopt and implement a national public health strategy and plan of action, on the basis of epidemiological evidence, addressing the health concerns of the whole population; the strategy and plan of action shall be devised, and periodically reviewed, on the basis of a participatory and transparent process; they shall include methods, such as right to health indicators and benchmarks, by which progress can be closely monitored; the process by which the strategy and plan of action are devised, as well as their content, shall give particular attention to all vulnerable or marginalized groups.»²⁷²

Ferner bestätigte der Ausschuss, dass Verpflichtungen wie z.B. die Gewährleistung von reproduktiver Gesundheitsversorgung sowie diejenige für Mütter (prä- sowie postnatal) und Kinder vergleichbar prioritär seien.²⁷³ Falls gewisse Staaten diese Verpflichtungen nicht zu erfüllen vermögen, so müssten diese Vertragsstaaten sowie andere Akteure gemäss Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I «*internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art*» leisten, soweit sie in der Lage seien, zu helfen.²⁷⁴ Kernverpflichtungen könnten folglich positive Verantwortlichkeiten der Staaten ausserhalb ihres Territoriums auslösen.²⁷⁵

In späteren Allgemeinen Bemerkungen zu anderen Menschenrechten nahm der Ausschuss jedoch wieder den Standpunkt ein, dass Staaten bei Nichterfüllung der Kernverpflichtungen den Nachweis erbringen könnten, dass sie alle ihnen zur Verfügung stehenden Mittel eingesetzt hätten, um diese Mindestverpflichtungen vorrangig zu erfüllen.²⁷⁶ Diesen verschiedenen Ansätzen liegt jedenfalls der Gedanke zugrunde, dass in der Tat ein absoluter, nicht-derogierbarer Kern eines Rechts besteht, den es trotz der verfügbaren Ressourcen eines Staates stets zu erfüllen gilt, wie beispielsweise das Diskriminierungsverbot.²⁷⁷

c) Kritik und Rechtsprechung

Die Verpflichtung zur Ausschöpfung aller vorhandenen Ressourcen bei der Gewährleistung des Rechts auf Gesundheit hängt davon ab, wo die Staaten

²⁷² CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 43 (a)-(f).

²⁷³ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 44.

²⁷⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 45.

²⁷⁵ CESCR, Poverty and the ICESCR, Ziff. 16; vgl. dazu auch SSENYONJO, N. 10.64.

²⁷⁶ CESCR, GC Nr. 19, Ziff. 60; CESCR, GC Nr. 17, Ziff. 41.

²⁷⁷ BOYLE, S. 60; KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 112.

ihre politischen Prioritäten bezüglich ihrer Ausgaben setzen.²⁷⁸ So gibt KRENNERICH zu bedenken:

«Wenn man sieht, wofür die Staaten Geld ausgeben, während gleichzeitig Abermillionen Menschen, vielfach noch Kinder, unter menschenunwürdigen Bedingungen dort leben, hungern und sterben müssen, dann wird man unschwer feststellen, dass viele Möglichkeiten und Ressourcen, die sich für soziale Menschenrechte mobilisieren liessen, nicht genutzt, geschweige denn ausgeschöpft werden. In der Forderung, ein Höchstmass an Ressourcen einzusetzen, liegt also viel kritisches Potenzial begründet, denn es nimmt die Staaten in die Pflicht nachzuweisen, dass sie trotz anhaltender sozialer Notlagen nicht mehr tun können, um die sozialen Menschenrechte zu schützen und zu gewährleisten.»²⁷⁹

Auch der Ansatz des unabdingbaren Kerngehalts wird in der Lehre z.T. kritisiert.²⁸⁰ TOBIN beispielsweise betont, dass die Staaten bei der Ausarbeitung des UNO-Pakts I nie den Begriff des Mindestkerns («*minimum core*») bzw. des unabdingbaren Mindestkerns («*non-derogable minimum core*») des Rechts auf Gesundheit in Erwägung gezogen hätten. Vielmehr sei die Verwirklichung dieses Rechts als progressive Verpflichtung formuliert worden. Dabei habe es der WSK-Ausschuss unterlassen, seine neue Herangehensweise zu rechtfertigen. Auch dessen unübersichtliche Liste der Kernverpflichtungen sei – im Vergleich zur ursprünglichen Fassung, die sich lediglich auf die Bereitstellung einer grundlegenden Gesundheitsversorgung bezog – nicht gerechtfertigt worden. Schliesslich sei es für viele Staaten unmöglich, diese Kernverpflichtungen zu erfüllen.²⁸¹ KRENNERICH vertritt die Ansicht, dass im Einzelfall konkret zu untersuchen sei, welche Massnahmen der Staat aufgrund der Gesundheitsprobleme im Rahmen seiner Möglichkeiten ergreift oder unterlässt. Er begründet dies damit, dass die Gesundheitsproblematik in Entwicklungsländern besonders komplex sei. Daher reiche es nicht aus, bei einer Verletzung des Rechts auf Gesundheit rechtfertigend auf die generell schlechte Gesundheitslage der Bevölkerung in einem Staat zu verweisen.²⁸²

Was die diesbezügliche Rechtsprechung betrifft, kann festgehalten werden, dass gewisse Gerichte die Umsetzung des Konzepts der Kernverpflichtungen schwierig empfanden. So urteilte z.B. das südafrikanische Verfassungsgericht,

²⁷⁸ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 1029 f.

²⁷⁹ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 114.

²⁸⁰ Vgl. zum Ganzen BILCHITZ, S. 197 ff.; LEHMANN, S. 182 ff.; MÜLLER, S. 62 ff.; TOEBES/Ó CATHAOIR, S. 42-44 oder auch YOUNG, Minimum Core, S. 126 ff., die eine detaillierte Untersuchung der Definition des Kerngehalts von wirtschaftlichen und sozialen Rechten liefert.

²⁸¹ TOBIN, S. 239 f.

²⁸² KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 222.

dass es unmöglich sei, jeder Person unverzüglich Zugang zu den Kerndienstleistungen zu geben. Vielmehr seien die sozioökonomischen Rechte der südafrikanischen Verfassung progressiv zu verwirklichen.²⁸³ Letztere enthalten denn auch stets den Vorbehalt, dass der Staat die (progressiven) Pflichten «*within its available resources*» zu erfüllen habe.²⁸⁴ Andere Rechtsprechungsorgane waren jedoch bereit, sich mit dem Konzept der minimalen Kernverpflichtungen zu befassen und seine Relevanz zu bejahen. So hielt die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte die Pflicht der Mitgliedstaaten fest, «*regardless of the level of economic development, to guarantee a minimum threshold of these rights.*»²⁸⁵

Auch die Afrikanische Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker (ACHPR) legte in ihrem SERAC-Entscheid dar, dass die Rechte aus der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker einen Mindestkern beinhalten und daher Kernverpflichtungen auslösen.²⁸⁶ Im *Purohit*-Entscheid wies die ACHPR darauf hin, dass sie sich bewusst sei, dass Millionen von Menschen in Afrika das Recht auf Gesundheit nicht in vollem Umfang genießen könnten. Die afrikanischen Länder seien im Allgemeinen mit dem Problem der Armut konfrontiert. Dies mache sie unfähig, die notwendigen Annehmlichkeiten, Infrastrukturen und Ressourcen bereitzustellen, die die volle Wahrnehmung dieses Rechts erleichtern würden. Dennoch legte die Kommission Folgendes fest:

*«Therefore, having due regard to this depressing but real state of affairs, the African Commission would like to read into Article 16 the obligation on part of States party to the African Charter to take concrete and targeted steps, while taking full advantage of its available resources, to ensure that the right to health is fully realised in all its aspects without discrimination of any kind.»*²⁸⁷

²⁸³ Urteil des südafrikanischen Verfassungsgerichts *Minister of Health v. Treatment Action Campaign (TAC)* vom 5.7.2002, Ziff. 35-37, in Bestätigung des Urteils *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* vom 4.10.2000, [2011] 1 SA 46, Ziff. 33, indem das Gericht versucht hat, sich mit dem Konzept des Mindestkerns auseinanderzusetzen, letztlich aber beschlossen hat, es im Rahmen der allgemeineren Angemessenheitsprüfung in Bezug auf die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit und Wohnung zu belassen.

²⁸⁴ So z.B. in Art. 27 Abs. 2 der südafrikanischen Verfassung vom 18.12.1996 betreffend das Recht auf Gesundheit.

²⁸⁵ Jahresbericht der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte, 1993, IACHR Doc, OEA/Ser.L/V.85 Doc. 9 rev., 11.2.1994, Chapter V I. II.

²⁸⁶ Entscheid der ACHPR SERAC und CESR gegen *Nigeria* vom 27.5.2002, Mitteilung Nr. 155/96, Ziff. 58, 61 f., 65 f.

²⁸⁷ Entscheid der ACHPR *Purohit und Moore gegen Gambia* vom 29.5.2003, Mitteilung Nr. 241/01 Ziff. 84.

d) Fazit zu den Kernpflichten des Rechts auf Gesundheit

Die Festlegung des Mindestkerns erfordert eine Rangfolge von Interessen, wobei dringende Interessen vorrangig behandelt werden müssen.²⁸⁸ Dabei sollte eine minimale Kernverpflichtung so verstanden werden, dass ein Mindeststandard an Gesundheitsversorgung gewährleistet wird.²⁸⁹ Die Erfüllung der Kernpflichten befreit die Staaten jedoch nicht von ihrer umfassenden Pflicht, das Recht auf Gesundheit schrittweise – entsprechend den verfügbaren Ressourcen – zu verwirklichen.²⁹⁰ Zentral für die Forschungsfrage dieser Arbeit ist die Kernpflicht des Rechts auf Gesundheit, allen Personen diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischen Leistungen zu gewähren. Diese Kernpflicht darf unter keinen Umständen verletzt werden.

V. Ausgewählte Teilaspekte

Das Recht auf Gesundheit schliesst auch Faktoren mit ein, die der Gesundheit zugrunde liegen. Daher hängt dieses Menschenrecht *«untrennbar mit den Rechten auf Trinkwasser, Sanitärversorgung, angemessene Unterkunft und Nahrung»* zusammen.²⁹¹ Denn schlechte Gesundheit resultiert aus notdürftigen Lebensbedingungen und ist direkte Konsequenz von ungesunder bzw. verschmutzter Umwelt, unsicherem Trinkwasser und Unterernährung. Gefährliche Arbeitsbedingungen tragen ebenfalls zu schlechter Gesundheit bei. Gewisse Personengruppen sind zudem einem höheren Risiko bezüglich ihrer Gesundheit ausgesetzt. Dazu gehören z.B. Strafgefangene, ethnische Minderheiten sowie die indigene Bevölkerung, Menschen mit einer Behinderung, ältere Personen, Asylsuchende, Flüchtlinge und WanderarbeiterInnen. Schliesslich erhalten Frauen und Mädchen in gewissen Staaten nur ungenügenden Zugang zu Gesundheitsversorgung und -gütern.²⁹²

²⁸⁸ LEHMANN, S. 185.

²⁸⁹ KÄLIN/KÜNZLI, N. 9.161; MÜLLER, S. 73.

²⁹⁰ BOYLE, S. 61; SSENYONJO, N. 10.65. Siehe für eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Konzepten der progressiven Verwirklichung von WSK-Rechten und der maximal vorhandenen Ressourcen CORKERY/SAIZ, S. 275 ff. Sie kommen zum Schluss, dass die normativen Konturen von Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I noch auf unpräzisen Begriffen beruhen. Zudem bestehe Bedarf für *«more comprehensive, context-sensitive, analytical frameworks to establish the 'evidential link' between resource decisions and their impact on the realization of human rights over time – necessary to assess compliance with these norms in practice»*, siehe CORKERY/SAIZ, S. 300.

²⁹¹ KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 225 ff.; vgl. dazu auch SSENYONJO, N. 10.30 sowie CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 4 und 11.

²⁹² WILSON, S. 60; vgl. dazu auch SSENYONJO, N. 10.33–10.35.

Im Folgenden werden drei ausgewählte Teilaspekte des Rechts auf Gesundheit aufgegriffen und näher erläutert, da diese im flüchtlingsrechtlichen Kontext relevant sein können.²⁹³ Von zentraler Bedeutung ist dabei der Aspekt, dass allen Menschen der Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen diskriminierungsfrei zu gewährleisten ist. Zudem werden die Grundzüge der Frage dargelegt, ob es ein Recht auf eine gesunde Umwelt gibt. Zuletzt wird beleuchtet, was sexuelle und reproduktive Gesundheit bedeutet.

1. Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen

Das Recht auf Gesundheit wird u.a. dann verletzt, wenn einer bestimmten Person oder einer Gruppe der Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen verweigert wird.²⁹⁴ Dennoch kommt es in gewissen Ländern vor, dass bestimmten Gruppen der Gesellschaft der Zugang zu medizinischen Leistungen durch direkte oder indirekte Diskriminierung verweigert wird. Dies ist z.B. bei Frauen und Kindern der Fall oder bei bestimmten ethnischen oder indigenen Minderheiten, gewissen Kasten oder sozialen Randgruppen (deren Mitglieder beispielsweise aufgrund ihrer Sexualität oder ihres Gesundheitszustandes diskriminiert werden) sowie bei ausländischen Personen.²⁹⁵

In einer Resolution vom 8. Juni 2021 hielt die UNO-Generalversammlung fest, dass die COVID-19-Pandemie bestehende Ungleichheiten verschärft sowie Rückschläge in der AIDS-Bekämpfung verursacht hat, insbesondere betreffend Zugang zu Arzneimitteln, Behandlungen und Diagnosen.²⁹⁶ Die Generalversammlung nahm mit Besorgnis zur Kenntnis, dass im Jahr 2019 850'000 mit HIV lebende Kinder nicht medizinisch behandelt wurden, was u.a. auf Stigma und Diskriminierung zurückzuführen ist.²⁹⁷ Zwar erhalten über 26 Millionen Menschen, die mit HIV leben, eine antiretrovirale Therapie. Trotz dieser Fortschritte haben 12 Millionen Menschen mit HIV noch immer keinen Zugang zu einer Behandlung, insbesondere in afrikanischen Ländern. Diese 12 Millionen Menschen werden wegen Ungleichheiten und verschiedenen Formen der Dis-

²⁹³ Siehe [Kapitel 3 unter III. 1. C.](#) sowie das ganze [Kapitel 4](#).

²⁹⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 50.

²⁹⁵ GRAUMANN, S. 72; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 1007.

²⁹⁶ General Assembly, Political Declaration on HIV and AIDS: Ending Inequalities and Getting on Track to End AIDS by 2030, A/RES/75/284, Ziff. 23.

²⁹⁷ Ibid., Ziff. 33.

kriminierung und struktureller Hindernisse am Zugang zur Behandlung gehindert.²⁹⁸

2. Recht auf eine gesunde Umwelt?

Das Recht auf Gesundheit umfasst auch Aspekte, welche die Grundlage der Gesundheit eines Menschen bilden, wie u.a. eine gesunde Umwelt.²⁹⁹ So ist der Schutz der Umwelt unabdingbare Voraussetzung dafür, dass das Recht auf Gesundheit der Menschen gewahrt werden kann. Deswegen sind Staaten aufgrund dieses Rechts verpflichtet, angemessene Massnahmen zur Verlangsamung und Umkehrung des Klimawandels zu ergreifen, wie dies vom WSK-Ausschuss gefordert wurde.³⁰⁰

Seit einigen Jahren werden die Forderungen nach einem eigenständigen internationalen Menschenrecht auf eine gesunde Umwelt laut.³⁰¹ Bereits über hundert Staaten anerkennen ein Recht auf eine gesunde Umwelt in ihren Verfassungen.³⁰² Empirische Studien haben gezeigt, dass in Staaten, die das Recht auf eine gesunde Umwelt in ihrer Verfassung anerkennen, Millionen von Menschen sauberere Luft einatmen, Zugang zu sauberem Trinkwasser haben, weniger giftigen Stoffen ausgesetzt sind und somit generell in gesünderen Ökosystemen leben.³⁰³

²⁹⁸ Ibid., Ziff. 41. Wie solche Diskriminierungen im flüchtlingsrechtlichen Kontext behandelt werden, wird in [Kapitel 3 unter III. 1. C. a\)](#) und in [Kapitel 4 unter I.](#) erläutert.

²⁹⁹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 4 und 11; vgl. dazu auch SSENYONJO, N. 10.33.

³⁰⁰ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 15 und 34; HUNT/KHOSLA, S. 239. Vgl. dazu auch BELSER/BÄCHER/EGLI, S. 13.

³⁰¹ Siehe. Z.B. BOYD, Catalyst for Chance, S. 38 und S. 40; KNOX/PEJAN, S. 15 f.; ORELLANA MARCOS A., The Case for a Right to a Healthy Environment, 1.3.2018, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/news/2018/03/01/case-right-healthy-environment> (zuletzt besucht am 18.12.2025): «The right to a healthy environment brings together all that humanity has learned about how human rights and the environment interact.» Siehe auch Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, Report 2018, Ziff. 39. Für eine extensive Analyse betr. die Notwendigkeit eines eigenständigen Rechts auf eine gesunde Umwelt siehe BOYD, Environmental Rights Revolution. Vgl. zum Ganzen auch das Gutachten der SKMR, verfasst von BELSER/BÄCHER/EGLI.

³⁰² Siehe die Liste der Staaten in BOYD, Catalyst for Chance, S. 19-23.

³⁰³ BOYD, Catalyst for Chance, S. 26, wo er jedoch nicht auf die entsprechenden Studien verweist. Siehe dazu auch Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, Report 2018, Ziff. 44 mit Verweis auf die Analyse zweier Wirtschaftswissenschaftler vom Mai 2016: Jeffords Chris und Minkler Lanse, Do Constitutions Matter? The Effects of Constitutional Environmental Rights Provisions on Environmental Outcomes, in: KYKLOS, Vol. 69 No. 2, S. 294 ff.

Da im internationalen Recht noch kein justiziables Recht auf eine gesunde Umwelt besteht, wenden Rechtsprechungsorgane andere Menschenrechte, wie das Recht auf Leben und auf Privat- und Familienleben oder das Recht auf Gesundheit, auf Umweltfragen an.³⁰⁴ So gehören z.B. nach Ansicht des UNO-Menschenrechtsausschusses Umweltzerstörung, Klimawandel und eine nicht nachhaltige Entwicklung zu den dringlichsten und schwerwiegendsten Bedrohungen für das Recht auf Leben.³⁰⁵

Der Europäische Ausschuss für soziale Rechte hat sich beispielsweise zu dieser Thematik geäußert: In einem Fall, in dem die griechische Regierung nicht angemessen gegen durch Kohlenabbau verursachte Luftverschmutzung vorgeht, stellte der Ausschuss fest, dass das Recht auf eine gesunde Umwelt ein integraler Aspekt des Rechts auf Gesundheit sei.³⁰⁶ So kam der Ausschuss zum Schluss, dass Griechenland Art. 11 der Europäischen Sozialcharta, der das Recht auf Schutz der Gesundheit garantiert, verletzt hat.³⁰⁷

Auch die Afrikanische Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker (ACHPR) hat sich in einem Urteil mit dem Recht auf Gesundheit und auf eine gesunde Umwelt auseinandergesetzt: In diesem Fall ging es um die Erdölgewinnung im Nigerdelta. Diese Tätigkeiten hätten zu einer Verschlechterung der Umweltbedingungen und daher zu Gesundheitsproblemen beim Volk der Ogoni geführt. Dem Ölkonsortium wurde vorgeworfen, die Ölvorkommen ohne Rücksicht auf die Gesundheit und die Umwelt der örtlichen Gemeinden ausgebeutet zu haben. Zudem seien giftige Abfälle in die Umwelt und die örtlichen Wasserwege entsorgt worden.³⁰⁸ Die ACHPR kam zu dem Schluss, dass das Versäumnis der nigerianischen Regierung, die toxische Verschmutzung durch die Ölförderung zu verhindern, gegen zwei Rechte der Afrikanischen Charta verstosse: das Recht auf Gesundheit und das Recht auf eine allgemein zufriedenstellende Umwelt. Dieser Entscheid ist insofern von Bedeutung, als

³⁰⁴ KNOX, S. 791. Siehe z.B. den Entscheid der ACHPR SERAC und CESR gegen Nigeria vom 27.5.2002, Mitteilung Nr. 155/96, Ziff. 52 und 60. Oder das Urteil des EGMR López Ostra gegen Spanien vom 9.12.1994, Nr. 16798/90, Ziff. 51; Urteil des EGMR Taşkın and others gegen die Türkei vom 30.3.2005, Nr. 46117/99, Ziff. 113; Urteil des EGMR Brincat et al. gegen Malta vom 24.10.2014, Nr. 60908/11, Ziff. 79-85. Mehr zu diesen Fällen gleich nachfolgend unter VI. 1. Siehe auch das Urteil des IACtHR Case of Kawas-Fernández gegen Honduras vom 3.4.2009, Series C Nr. 196, Ziff. 148.

³⁰⁵ CCPR, GC Nr. 36, Ziff. 62.

³⁰⁶ Entscheid des ECSR Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) gegen Griechenland vom 6.12.2006, Nr. 30/2005, Ziff. 195 und Ziff. 202.

³⁰⁷ Ibid., Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) gegen Griechenland, Ziff. 221.

³⁰⁸ Entscheid der ACHPR SERAC und CESR gegen Nigeria vom 27.5.2002, Mitteilung Nr. 155/96, Ziff. 2.

die ACHPR eine umfassende Auslegung des Rechts auf eine gesunde Umwelt vornahm. Sie erklärte:

«The right to a general satisfactory environment, as guaranteed under Article 24 of the African Charter or the right to a healthy environment, as it is widely known, therefore imposes clear obligations upon a government. It requires the State to take reasonable and other measures to prevent pollution and ecological degradation, to promote conservation, and to secure an ecologically sustainable development and use of natural resources.»³⁰⁹

Der Fall von *Ioane Teitiota* ist einer der bekanntesten in diesem Zusammenhang. Er flüchtete wegen der Auswirkungen des Klimawandels aus dem Inselstaat Kiribati und stellte in Neuseeland ein Asylgesuch. Das neuseeländische *Immigration and Protection Tribunal* betonte, dass Staaten im Rahmen bestehender Menschenrechtsverträge sowohl im zivilen bzw. politischen als auch im sozioökonomischen Bereich Verantwortung für Umweltfragen tragen können. Dabei verwies das Tribunal u.a. auf Art. 12 UNO-Pakt I.³¹⁰ Letztinstanzlich zog *Teitiota* seinen Fall an den UNO-Menschenrechtsausschuss weiter. Dieser überprüfte die Rügen betreffend die negativen Auswirkungen des Klimawandels auf die Gesundheit nach dem Recht auf Leben gemäss Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II, dessen Verletzung letztlich verneint wurde. Der Grund lag u.a. darin, dass gem. UNO-Menschenrechtsausschuss die Republik Kiribati Anpassungsmassnahmen getroffen habe, um die bestehende Verwundbarkeit zu verringern und die Widerstandsfähigkeit gegen Schäden durch den Klimawandel zu erhöhen.³¹¹

Schliesslich ist gemäss Interamerikanischem Gerichtshof für Menschenrechte das Recht auf eine gesunde Umwelt als justiziables und autonomes Recht durch Art. 26 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) ge-

³⁰⁹ Ibid., *SERAC und CESR gegen Nigeria*, Ziff. 52.

³¹⁰ Urteil des NZIPT *AF (Kiribati)* vom 25.6.2013, [2013] NZIPT 800413, Ziff. 60 und Ziff. 63.

³¹¹ Entscheid des CCPR *Teitiota gegen Neuseeland* vom 23.9.2020, Mitteilung Nr. 2728/2016, Ziff. 9.12. Mehr dazu in [Kapitel 4 unter III. 1](#). In einem neueren Fall vor dem UNO-Menschenrechtsausschuss ging es um die Auswirkungen des Klimawandels auf Bewohnerinnen und Bewohner der australischen Torres-Strait-Inseln: Entscheid des CCPR *Billy et al. gegen Australien* vom 21.7.2022, Mitteilung Nr. 3624/2019. Die Beschwerdeführenden machten jedoch keine nachteiligen Auswirkungen auf ihre eigene Gesundheit geltend oder dass ein Gesundheitsrisiko bestehen würde. Vielmehr bezogen sich ihre Rügen im Zusammenhang mit Art. 6 UNO-Pakt II hauptsächlich auf ihre Fähigkeit, ihre Kultur zu erhalten, was in den Anwendungsbereich von Art. 27 UNO-Pakt II fällt, Ziff. 8.6. So wurde das Recht auf Leben nach Art. 6 UNO-Pakt II nicht verletzt, jedoch das Recht auf Privatleben, Familie und Wohnung nach Art. 17 sowie das Recht auf Kultur für Minderheiten nach Art. 27 UNO-Pakt II, siehe 8.7 f. und Ziff. 9.

schützt.³¹² Die AMRK enthält kein explizites Recht auf Gesundheit, aber deren Art. 26 enthält eine progressive Verwirklichungspflicht von WSK-Rechten. So verurteilte der Gerichtshof in einem Grundsatzentscheid den peruanischen Staat wegen Verletzung von Art. 26 AMRK und des dadurch geschützten Rechts auf eine gesunde Umwelt.³¹³ In diesem Fall war die Bevölkerung von La Oroya wegen des Betriebs eines Metallurgiekomplexes seit fast einem Jahrhundert Umweltzerstörung und Gesundheitsrisiken ausgesetzt.³¹⁴ Der Gerichtshof befasste sich erstmals mit Verschmutzungen von Luft, Wasser und Boden und ging sogar so weit, das Recht auf eine gesunde Umwelt als *Ius Cogens* zu bezeichnen.³¹⁵ Nach Ansicht des Gerichtshofes seien das Atmen sauberer Luft und der Zugang zu sauberem Wasser zentrale Bestandteile des Rechts auf eine gesunde Umwelt, und der Staat müsse dies gewährleisten.³¹⁶

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass staatliche Tätigkeiten oder Unterlassungen, die eine umweltschädigende Auswirkung haben, das Recht auf Gesundheit verletzen. Daher werden bei der Überprüfung solcher Fälle bis zur Anerkennung eines eigenständigen Rechts auf eine gesunde Umwelt in einem internationalen Vertrag das Recht auf Gesundheit und auf Leben sowie die progressive Verwirklichungspflicht von WSK-Rechten angewendet.³¹⁷

3. Sexuelle und reproduktive Gesundheit

Das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit ist ein integraler Bestandteil des Rechts auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I.³¹⁸ Das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit beinhaltet eine Reihe von Ansprüchen und Freiheiten: Die Ansprüche beinhalten den ungehinderten Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern, -dienstleistungen und -informationen. So müssen unentbehrliche Arzneimittel zur Verfügung stehen, u.a. solche für den Schwangerschaftsabbruch und für die entsprechende Betreuung danach sowie Medikamente für die Prävention und Behandlung von sexuell übertragbaren Krankheiten und HIV.³¹⁹ Zu den Freiheiten gehört das Recht auf freie

³¹² IACtHR, *Advisory Opinion OC-23/17* vom 15.11.2017.

³¹³ Entscheidung des IACtHR, *La Oroya gegen Peru* vom 27.11.2023 (veröffentlicht am 22.3.2024), Ziff. 115 und Ziff. 393.

³¹⁴ *Ibid.*, *La Oroya gegen Peru*, Ziff. 153 f.

³¹⁵ *Ibid.*, *La Oroya gegen Peru*, Ziff. 129.

³¹⁶ *Ibid.*, *La Oroya gegen Peru*, Ziff. 120.

³¹⁷ Zur Asylrelevanz solcher Fälle siehe [Kapitel 3 unter III. 1. C. c\)](#) und [Kapitel 4 unter III.](#)

³¹⁸ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8 sowie CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 1.

³¹⁹ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 13.

und verantwortungsbewusste Entscheidungen und Wahlmöglichkeiten, frei von Gewalt, Zwang und Diskriminierung.³²⁰ Alle Menschen müssen daher vor schädlichen Praktiken, Normen und geschlechtsspezifischer Gewalt geschützt werden, die ihnen ihre volle sexuelle und reproduktive Gesundheit vorenthalten, wie z.B. weibliche Genitalverstümmelung, Kinder- und Zwangsheirat sowie häusliche und sexuelle Gewalt, einschliesslich Vergewaltigung in der Ehe.³²¹ Wenn ein Staat es versäumt, eine Person vor diesen Praktiken zu schützen, so verletzt er seine Schutzpflicht unter dem Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit.³²² Die Unterlassungspflicht wird z.B. verletzt, wenn ein Staat in die Freiheit einer Person eingreift, über ihren Körper zu bestimmen, oder in die Fähigkeit, diesbezüglich freie, informierte und verantwortungsbewusste Entscheidungen zu treffen.³²³ Diese Pflicht wurde im ersten (und bisher einzigen) Fall, der in Bezug auf Art. 12 UNO Pakt I vom WSK-Ausschuss entschieden worden ist, verletzt. Der Grund war, dass der Beschwerdeführerin gegen ihren Willen ein Embryo in ihre Gebärmutter eingesetzt wurde.³²⁴

Eine besonders dramatische Praxis ist die weibliche Genitalverstümmelung (FGM, *female genital mutilation*). Diese verstösst aufgrund der schwerwiegenden Kurz-, aber auch Langzeitfolgen für die sexuelle und reproduktive Gesundheit gegen eine Reihe von Menschenrechtsgarantien: Namentlich werden das Recht auf Gesundheit sowie auf physische Unversehrtheit verletzt, aber auch das Folterverbot und in Extremfällen das Recht auf Leben.³²⁵ Weltweit wurden über 230 Millionen Frauen und Mädchen dieser Praxis unterzogen. Afrika macht mit über 144 Millionen den grössten Anteil dieser Gesamtzahl aus. Asien folgt mit über 80 Millionen, und weitere 6 Millionen leben im Nahen Osten. Als Form von Gewalt gegen Frauen kann bei erfolgter FGM das CEDAW herangezogen werden. Als traditioneller Brauch, welcher der Gesundheit von Kindern schadet und in den meisten Fällen an Minderjährigen durchgeführt wird, verstösst FGM ausserdem gegen die KRK. Definiert man FGM als eine Art von Folter, so fällt sie auch unter die Folterkonvention.³²⁶ Jedoch geben KÄLIN und KÜNZLI diesbezüglich zu bedenken, dass es aus menschenrechtspolitischer Sicht fragwürdig sei, Mütter, Grossmütter und andere

³²⁰ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 5.

³²¹ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 29.

³²² CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 59.

³²³ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 56.

³²⁴ Entscheid des CESCR S.C. und G.P. gegen Italien vom 28.3.2019, Mitteilung Nr. 22/2017, Ziff. 10.1. Siehe mehr dazu in diesem Kapitel unter [VI. 2. A.](#)

³²⁵ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 59; HATHAWAY/FOSTER, S. 214.

³²⁶ UNICEF, *Female Genital Mutilation (FGM)*, März 2024, abrufbar unter: <https://data.unicef.org/topic/child-protection/female-genital-mutilation/> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

Angehörige der Opfer von FGM mit folternden Personen, die im Auftrag des Staates handeln, gleichzusetzen. Zudem sei es unwahrscheinlich, dass traditionsverbundene Gesellschaften auf solche Praktiken verzichteten. Gewisse Vertragsorgane würden daher dazu neigen, FGM als eine Frage des Rechts auf Gesundheit zu behandeln und die daraus fließende Schutzpflicht der betreffenden Staaten zu betonen.³²⁷ Schliesslich ist gemäss BINDER zu betonen, dass aufgrund der Art dieses Eingriffs und der Folgen einer Genitalverstümmelung diese *«nicht als eine kulturelle Eigenart akzeptiert werden kann, die eine Abweichung von universell anerkannten Menschenrechtsnormen rechtfertigen würde.»*³²⁸

VI. Umsetzung des Rechts auf Gesundheit

Nachdem nun die rechtliche Verankerung, die Grundzüge sowie die wichtigsten Teilgehalte des Rechts auf Gesundheit erläutert wurden, erfolgt als Nächstes die Darlegung der Umsetzung dieses Menschenrechts auf nationaler und internationaler Ebene.

Der Begriff der «Umsetzung» wird vorliegend in einem weiten Sinn verwendet. Er umfasst zum einen die Umsetzung der Menschenrechte auf nationaler Ebene durch die Legislative und die Verwaltungs- oder Justizbehörden sowie ihre Anwendung in den zwischenstaatlichen Beziehungen. Zum anderen werden die Staaten bezüglich ihrer Umsetzung der Menschenrechte überwacht. Bei den Staaten liegt denn auch die primäre Verantwortung für die Umsetzung, da sie Träger von Menschenrechtsverpflichtungen sind. Sie müssen aufgrund des Grundsatzes der territorialen Souveränität die notwendigen Massnahmen auf ihrem eigenen Hoheitsgebiet ergreifen. Internationale Überwachungs- und Umsetzungsmechanismen ergänzen die innerstaatlichen gerichtlichen Verfahren und spielen eine subsidiäre Rolle. Sie werden dann eingesetzt, wenn die innerstaatlichen Stellen nicht in der Lage oder nicht willens sind, Menschenrechtsverletzungen zu verhindern, zu beenden, zu beheben oder zu bestrafen.³²⁹

³²⁷ KÄLIN/KÜNZLI, N. 9.160 mit Verweis auf CEDAW, GC Nr. 14.

³²⁸ BINDER, S. 327. Wie Verletzungen der sexuellen und reproduktiven Gesundheit in flüchtlingsrechtlichen Fällen behandelt werden, wird in [Kapitel 3 unter III. 1. C. d\)](#) und in [Kapitel 4 unter II.](#) erläutert.

³²⁹ KÄLIN/KÜNZLI, N. 6.6; SSENYONJO, N. 5.01. Für die vertiefte Auseinandersetzung zu den internationalen Durchsetzungsmechanismen von Menschenrechten siehe die Dissertation von GHAJATI.

Nachfolgend werden die Praxen gewisser regionaler Menschenrechtsorgane sowie diejenige des WSK-Ausschusses zum Recht auf Gesundheit vorgestellt. Schliesslich wird beleuchtet, wie die Schweiz die Rechte aus dem UNO-Pakt I umsetzt.

1. Praxis regionaler Menschenrechtsorgane

Nachfolgend wird bezüglich der Umsetzung des Rechts auf Gesundheit die Praxis dreier regionaler Menschenrechtsorgane vorgestellt. Dadurch sollen Erkenntnisse zum besseren Verständnis des normativen Inhalts des Rechts auf Gesundheit gewonnen werden.

Zuerst wird auf die Praxis der Afrikanischen Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker (nachfolgend: ACHPR) sowie des Afrikanischen Komitees für die Rechte und das Wohlergehen des Kindes (nachfolgend: Afrikanisches Kinderrechtskomitee) eingegangen. Anschliessend wird die entsprechende EGMR-Praxis vorgestellt. In diesem Teil der Arbeit werden die beiden regional unterschiedlichen Herangehensweisen aufgezeigt: Während im afrikanischen Kontext ein ausdrückliches Recht auf Gesundheit besteht, fehlt ein solcher ausdrücklich normierter Anspruch im europäischen System.

Bezüglich der Praxis des EGMR ist anzumerken, dass Fälle im Vordergrund stehen, in denen Aspekte des Rechts auf Gesundheit verletzt wurden. Es hat sich gezeigt, dass in vielen Fällen auch andere Menschenrechte betroffen sind. Doch Urteile, deren Schwerpunkt auf anderen fundamentalen Menschenrechtsverletzungen lag, wurden in der vorliegenden Arbeit nicht vertieft behandelt, um den thematischen Fokus zu wahren und den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen. Aus demselben Grund wurde auch nicht auf die Praxis des Interamerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte eingegangen. Insbesondere enthält die AMRK – wie die EMRK – kein explizites Recht auf Gesundheit.³³⁰ Daher

³³⁰ Gemäss Interamerikanischem Gerichtshof für Menschenrechte ist das Recht auf Gesundheit ein autonomes Recht, das durch Art. 26 AMRK geschützt ist, siehe Urteil des IACtHR *Poblete Vilches et al. gegen Chile* vom 3.3.2018, Ziff. 174. Art. 26 AMRK enthält eine progressive Verwirklichungspflicht für WSK-Rechte. Gemäss dem IACtHR müssen sodann unverzügliche Massnahmen ergriffen werden, um das Recht auf Gesundheit zu schützen, wie etwa die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Gesundheitsdiensten, sowie progressive Massnahmen, um so schnell und so wirksam wie möglich auf die vollständige Verwirklichung dieses Rechts im Laufe der Zeit hinzuarbeiten, siehe *Poblete Vilches et al. gegen Chile*, Ziff. 104. Auch das Recht auf eine gesunde Umwelt ist nach Ansicht des Gerichtshofes als justiziables und autonomes Recht durch Art. 26 AMRK geschützt (vgl. IACtHR, *Advisory Opinion OC-23/17* vom 15.11.2017). Der Gerichtshof überprüft daher Ver-

wurde ein Fokus auf die Praxis des EGMR gelegt, da diese für die Schweiz relevant ist.

A. Praxis der ACHPR und des Afrikanischen Kinderrechtskomitees

Die ACHPR wurde durch Art. 30 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (nachfolgend: Banjul-Charta) gegründet, um die Rechte der Menschen und Völker in Afrika zu gewährleisten. Die Kommission wurde am 2. November 1987 in Addis Abeba, Äthiopien, eingeweiht und hat seither ihren Sitz in Banjul, Gambia.³³¹ Die Zuständigkeit der Kommission für die Anhörung und Entscheidung betreffend Beschwerden gegen Vertragsstaaten der Banjul-Charta ist in Art. 47-59 geregelt. Das gerichtliche Pendant zur Kommission stellt der Afrikanische Gerichtshof der Menschenrechte und der Rechte der Völker (AGMR) dar. Allerdings haben bisher nur einige Staaten die Zuständigkeit des AGMR anerkannt³³² und der AGMR hat bis anhin bloss in einem Fall eine Verletzung von Art. 16 Banjul-Charta festgestellt.³³³

Das Afrikanische Kinderrechtskomitee ist mit der Umsetzung der Afrikanischen Charta der Rechte und des Wohlergehens des Kindes (nachfolgend: Afrikanische Kinderrechtscharta) betraut.³³⁴ Diese trat am 29. November 1999 in Kraft und enthält in Art. 14 das Recht auf Gesundheit.

Nachfolgend werden zuerst zwei Entscheide des Afrikanischen Kinderrechtskomitees aufgeführt, in denen Art. 14 der Afrikanischen Kinderrechtscharta

letzungen des Recht auf eine gesunde Umwelt über diesen Artikel, vgl. vor allem Urteil des IACtHR, *La Oroya gegen Peru* vom 27.11.2023 (veröffentlicht am 22.3.2024), Ziff. 115 und Ziff. 393. Zudem ist das Recht auf Gesundheit in Art. 10 des Zusatzprotokolls zur AMRK betr. WSK-Rechte vom 17.11.1988 (das sog. Protokoll von San Salvador) geschützt.

³³¹ Vgl. ACHPR, *About*, abrufbar unter: <https://achpr.au.int/en/about> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

³³² Der Gerichtshof wurde gemäss Art. 1 des Protokolls zur Banjul-Charta über die Errichtung eines AGMR eingerichtet, das im Juni 1998 von den Mitgliedstaaten der damaligen Organisation für Afrikanische Einheit in Ouagadougou, Burkina Faso, angenommen wurde. Das Protokoll trat am 25. Januar 2004 in Kraft, vgl. AfCHPR, *About*, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/wpafc/welcome-to-the-african-court/> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

³³³ Siehe AGMR, Urteil *LIDHO gegen die Elfenbeinküste* vom 5.9.2023, Nr. 041/2016: Nach Ansicht des Gerichtshofs hat die Elfenbeinküste unzureichende Massnahmen ergriffen, um die Bevölkerung angemessen vor Gesundheitsschäden zu schützen, die durch die Entsorgung von gefährlichen Abfällen von einem Frachtschiff verursacht worden sind, vgl. Ziff. 164-174.

³³⁴ Vgl. Art. 42 (b) Afrikanische Kinderrechtscharta.

verletzt wurde. Danach werden Entscheide der ACHPR vorgestellt, in denen die Kommission nähere Aussagen zum Recht auf Gesundheit nach Art. 16 Banjul-Charta machte.³³⁵ Dabei wird vor allem Bezug genommen auf Beschwerden, die von besonders vulnerablen oder marginalisierten Gruppen, wie inhaftierten Personen, Menschen mit Behinderungen und der indigenen Bevölkerung sowie von Frauen eingereicht wurden. Denn eine der Kernverpflichtungen aus dem Recht auf Gesundheit ist die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen, insbesondere für gefährdete oder marginalisierte Gruppen.³³⁶ Schliesslich werden zwei Entscheide vorgestellt, bei denen es um schwere Umweltverschmutzung ging.

a) Fehlender Zugang zu Gesundheitseinrichtungen für Kinder

In einem Fall, den das Afrikanische Kinderrechtskomitee zu beurteilen hatte, ging es um 100'000 Kinder (bekannt als sog. *talibés*) im Alter zwischen vier und zwölf Jahren. Diese wurden von ihren Eltern in Koranschulen (sog. *daaras*) in den städtischen Zentren der Republik Senegal geschickt, um eine religiöse Ausbildung zu erhalten. In der Mitteilung an das Komitee wurde geltend gemacht, dass diese Kinder von ihren Lehrerinnen und Lehrern zum Betteln

³³⁵ Im Entscheid *The Nubian Community in Kenya gegen die Republik Kenia* vom 28.2.2015, Mitteilung Nr. 317/06, stellte die Kommission z.B. eine Verletzung von Art. 16 Banjul-Charta fest, äusserte sich dabei jedoch nicht eingehender dazu. In diesem Fall ging es um die nubische Gemeinschaft in Kenia, die bei der Beschaffung von Ausweispapieren diskriminiert wurden. Dadurch wurden in der Folge auch andere Rechte aus der Banjul-Charta verletzt. Namentlich haben Nubierinnen und Nubier ohne Personalausweis in Kenia keinen Zugang zu Gesundheitsversorgung, siehe Ziff. 168.

³³⁶ Vgl. GC Nr. 14, Ziff. 43 (a). Diese Pflicht wurde z.B. im Entscheid der ACHPR *Democratic Republic of Congo / Burundi, Rwanda, Uganda* vom 29.5.2003, Mitteilung Nr. 227/99, verletzt: Im Verlauf von bewaffneten Auseinandersetzungen in DRC wurden Menschenrechtsverletzungen, begangen durch Burundi, Ruanda und Uganda, geltend gemacht. Die ACHPR kam zum Schluss, dass diese Staaten u.a. Art. 16 Banjul-Charta verletzten, indem die wesentlichen Dienstleistungen in den Spitälern nicht mehr erbracht wurden, siehe Ziff. 88. Auch im Entscheid der ACHPR *Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah / DRC* vom 4.4.1996, Mitteilung Nr. 5/89-47/90-56/91-100/93 wurden Menschenrechtsverletzungen in DRC (damals noch Zaire genannt) geltend gemacht. Die ACHPR urteilte u.a. die Verletzung von Art. 16 Banjul-Charta, da die Regierung es versäumt hatte, grundlegende Dienstleistungen wie sauberes Trinkwasser sowie ausreichend Medikamente zur Verfügung zu stellen, siehe Ziff. 47.

gezwungen worden seien.³³⁷ In diesen *daaras* lebten die Kinder unter kläglichen Bedingungen. Sie hatten beispielsweise keinen oder fast keinen Zugang zu Wasser oder sanitären Einrichtungen. Zudem waren sie unterernährt und erkrankten häufig, wobei ihre Lehrerinnen und Lehrer ihnen in diesem Fall keine medizinische Versorgung zukommen liessen.³³⁸ Das Afrikanische Kinderrechtskomitee hielt diesbezüglich fest:

*«The Respondent State has the obligation to assure that children are not deprived of access to health care services. It should further take all the necessary steps to avert any kind of institutional, cultural and financial obstacle to accessing health care services. The State should not tolerate any practice which violates the right to health of children. It must assert that third parties do not deprive children of their right to access medical service.»*³³⁹

Danach haben Staaten folglich die Pflicht, sicherzustellen, dass Kindern der Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen nicht verwehrt wird und Hindernisse beim Zugang zur Gesundheitsversorgung beseitigt werden. Zudem müssen sie dafür sorgen, dass dieser Zugang Kindern nicht durch Drittpersonen verwehrt wird.

Das Komitee urteilte in diesem Fall, dass Senegal es versäumt hatte, gegen die Lehrerinnen und Lehrer vorzugehen, welche die *talibés* unter erbärmlichen Gesundheitsbedingungen untergebracht hatten. Senegal habe nicht die im Rahmen seiner Möglichkeiten geeigneten Massnahmen ergriffen, um Krankheiten und Unterernährung zu verhindern und den Kindern, die medizinische Versorgung benötigen, den Zugang zu den Gesundheitsdienstleistungen zu erleichtern. Darin lag die Verletzung von Art. 14 der Afrikanischen Kinderrechtscharta.³⁴⁰

Im Jahr 2009 wurde eine Mitteilung beim Afrikanischen Kinderrechtskomitee im Namen von Kindern nubischer Abstammung in Kenia eingereicht. Es ging um die Nubierinnen und Nubier, die in den frühen 1900er Jahren, als der Sudan unter britischer Herrschaft stand, in die britische Kolonialarmee zwangsrekrutiert worden waren. Nach der Demobilisierung lehnte die damalige Kolonialregierung deren Rückkehr in den Sudan ab und zwang sie, in Kenia zu blei-

³³⁷ Entscheidung des Afrikanischen Kinderrechtskomitees *Centre for Human Rights and Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme gegen Senegal* vom 15.4.2014, Mitteilung Nr. 003/12, Ziff. 2 f.

³³⁸ *Ibid.*, Ziff. 8 und Ziff. 53.

³³⁹ *Ibid.*, Ziff. 54.

³⁴⁰ *Ibid.*, Ziff. 54.

ben. Danach wurde ihnen die kenianische Staatsangehörigkeit verwehrt.³⁴¹ In der Mitteilung wurde u.a. gerügt, dass den betreffenden Kindern ihre Rechte auf Gesundheit nach Art. 14 der Afrikanischen Kinderrechtscharta verweigert und unberechtigtweise eingeschränkt wurden.³⁴² Das Komitee hielt fest, dass die betreffenden Kinder aufgrund ihrer fehlenden Statusregulierung weniger Zugang zu Gesundheitseinrichtungen gehabt hätten als Kinder, die nicht nubischer Abstammung gewesen waren. So kam das Komitee zu folgendem Schluss:

*«Their communities have been provided with fewer facilities and a disproportionately lower share of available resources as their claims to permanence in the country have resulted in health care services in the communities in which they live being systematically overlooked over an extended period of time. Their health needs have not been effectively recognised and adequately provided for, even in the context of the resources available for the fulfilment of this right.»*³⁴³

Die Gesundheitsversorgung wurde somit in denjenigen Gemeinschaften, in denen Kinder nubischer Abstammung lebten, über einen längeren Zeitraum hinweg systematisch vernachlässigt. So wurden die medizinischen Bedürfnisse dieser Kinder nicht wirksam erkannt und nicht angemessen berücksichtigt. Daher wurde auch in diesem Fall u.a. Art. 14 Abs. 2 der Afrikanischen Kinderrechtscharta verletzt. Der kenianischen Regierung wurde vom Afrikanischen Kinderrechtskomitee in diesem Urteil empfohlen, alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, damit Kinder nubischer Abstammung in Kenia, die ansonsten staatenlos sind, bei ihrer Geburt die kenianische Staatsangehörigkeit und den Nachweis einer solchen Staatsangehörigkeit erwerben können.³⁴⁴

b) *Fehlender Zugang zu Gesundheitseinrichtungen für inhaftierte Personen, Menschen mit einer Behinderung sowie die indigene Bevölkerung*

Bezüglich inhaftierter Personen betonte die ACHPR in mehreren Entscheiden, dass Staaten u.a. davon absehen müssen, den gleichberechtigten Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen für alle Personen, einschliesslich für inhaftierte

³⁴¹ Entscheidung des Afrikanischen Kinderrechtskomitees IHRDA and Open Society Justice Initiative (OSJI) (on behalf of children of Nubian descent in Kenya) gegen Kenia vom 22.3.2011, Mitteilung Nr. 002/09, Ziff. 1-6.

³⁴² Ibid., Ziff. 59.

³⁴³ Ibid., Ziff. 62.

³⁴⁴ Ibid., Ziff. 69.

Personen, zu verweigern oder zu beschränken.³⁴⁵ Die Kommission hielt diesbezüglich mehrmals fest:

«The responsibility of the government is heightened in cases where the individual is in its custody and therefore someone whose integrity and well-being is completely dependent on the activities of the authorities. To deny a detainee access to doctors while his health is deteriorating is a violation of Article 16.»³⁴⁶

In einem Fall ging es um die Mitteilung von zwei Patienten der psychiatrischen Abteilung des Royal Victoria Hospital in Gambia. Sie machten geltend, dass der Lunatics Detention Act (LDA), der damals das wichtigste Instrument zur Regelung der psychischen Gesundheit war, gegen die Banjul-Charta verstosse. Der LDA unterwarf diejenigen Personen, die als «geisteskrank» eingestuft wurden, automatisch einer unbefristeten Unterbringung in einer psychiatrischen Institution. Für die entsprechende Bescheinigung war u.a. die Zustimmung von zwei Ärztinnen oder Ärzten erforderlich, ohne dass ein spezielles psychiatrisches Fachwissen erforderlich war. Es wurden keine weiteren Sicherheitsvorkehrungen oder Überprüfungsverfahren festgelegt. Es wurde gerügt, dass der LDA keine Bestimmungen und Anforderungen enthalte, die Schutzmassnahmen während der Diagnose, der Zertifizierung und der Unterbringung von Patientinnen und Patienten vorsehen würden.³⁴⁷ Die ACHPR sah u.a. Art. 16 Banjul-Charta als verletzt an, da der LDA in Bezug auf die therapeutischen Ziele sowie die Bereitstellung entsprechender Mittel und Programme für die Behandlung von Menschen mit geistigen und psychischen Behinderungen unzureichend sei. Das Recht auf Gesundheit müsse in all seinen Aspekten

³⁴⁵ So z.B. im Entscheid der ACHPR *Monim Elgak, Osman Hummeida und Amir Suliman (represented by FIDH and OMCT) gegen Sudan* vom 14.3.2014, Mitteilung Nr. 379/09, siehe Ziff. 136.

³⁴⁶ Entscheid der ACHPR *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project / Nigeria* vom 31.10.1998, Mitteilung Nr. 105/93-128/94-130/94-152/96, Ziff. 91. So auch im Entscheid *International PEN, Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Interights (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jnr.) / Nigeria* vom 31.10.1998, Mitteilung Nr. 137/94-139/94-154/96-161/97, Ziff. 112. Siehe auch den Entscheid *Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme / Mauritania* vom 11.5.2000, Mitteilung Nr. 54/91-61/91-96/93-98/93-164/97_196/97-210/98, Ziff. 122. In diesen Urteilen wurden den jeweiligen Häftlingen die medizinische Versorgung verweigert (namentlich kein Zugang zu Ärztinnen und Ärzten oder zu den nötigen Medikamenten), wodurch Art. 16 Banjul-Charta verletzt wurde.

³⁴⁷ Entscheid der ACHPR *Purohit and Moore gegen Gambia* vom 29.5.2003, Mitteilung Nr. 241/01, Ziff. 4, und Ziff. 44.

ohne jegliche Diskriminierungen gewährleistet werden.³⁴⁸ Die ACHPR hielt abschliessend fest:

«Persons with mental illnesses should never be denied their right to proper health care, which is crucial for their survival and their assimilation into and acceptance by the wider society.»³⁴⁹

Schliesslich stellte die ACHPR eine Verletzung von (u.a.) Art. 16 Banjul-Charta in einem Fall fest, in dem es um die Vertreibung der indigenen Bevölkerung der Batwa in der Demokratischen Republik Kongo ging. Die Batwa-Familien, die das Land entsprechend ihrer traditionellen Lebensweise nutzten, wurden ohne angemessene Konsultation aus dem Kahuzi-Biega-Wald vertrieben und erhielten weder vor noch nach der Vertreibung eine angemessene Entschädigung.³⁵⁰ Die ACHPR hielt fest, dass ein enger Zusammenhang zwischen dem Recht auf Gesundheit und dem Lebensumfeld indigener Völker bestehe. Denn indigene Völker würden in ihrem Lebensumfeld die Ressourcen finden, die sie für ihr körperliches und geistiges Wachstum und ihre Entwicklung benötigen. Indigene Gemeinschaften aus diesem Lebensumfeld zu entfernen, ohne ihnen ein ähnliches, wenn nicht identisches Umfeld bereitzustellen, stelle daher zweifellos eine Verletzung ihres Rechts auf Gesundheit dar. Im vorliegenden Fall war der Kahuzi-Biega-Wald die einzige Quelle der für die traditionellen Gesundheitspraktiken der Batwa erforderlichen Heilpflanzen. Diese Pflanzen waren Teil der Ressourcen, die ihnen zur Behandlung verschiedener Krankheiten zur Verfügung standen. Die ACHPR stellte auch fest, dass die Vertreibung der Batwa dazu geführt hatte, dass sie unter schwierigen Lebensbedingungen ohne Zugang zu medizinischer Versorgung lebten. Somit wurde das Recht der Batwa auf das höchstmögliche Mass an körperlicher und geistiger Gesundheit verletzt.³⁵¹

c) *Physisches und emotionales Trauma durch sexuelle Übergriffe*

In einer Beschwerde gegen Ägypten, die die ACHPR zu beurteilen hatte, ging es um Gewaltausbrüche bei einer Demonstration. Es wurden verschiedene Menschenrechtsverletzungen gerügt, u.a. auch eine Verletzung von Art. 16

³⁴⁸ Ibid., *Purohit and Moore gegen Gambia*, Ziff. 83 f.

³⁴⁹ Ibid., *Purohit and Moore gegen Gambia*, Ziff. 85.

³⁵⁰ Entscheid der ACHPR *Minority Rights Group International and Environnement Ressources Naturelles et Développement (on behalf of the Batwa of Kahuzi-Biega National Park, DRC) gegen die Demokratische Republik Kongo* vom 13.5.2022, Mitteilung Nr. 588/15, Ziff. 5.

³⁵¹ Ibid., *MRG und ERND gegen DRC*, Ziff. 164-167.

Banjul-Charta. Die Opfer waren Journalistinnen, die über die Demonstration in ihren jeweiligen Medien berichten wollten. Dabei wurden sie u.a. Opfer von sexuellen Übergriffen, teils durch Demonstrierende, teils durch Beamtinnen und Beamte des Staatssicherheitsdienstes. Diese Angriffe führten zu emotionalen Traumata bei den betreffenden Personen.³⁵² Sie machten vor der ACHPR geltend, dass die begangenen Handlungen körperliche, geistige und sexuelle Schäden beinhalteten, die zu körperlichen und seelischen Verletzungen geführt hätten. Dies habe ihr körperliches und geistiges Wohlbefinden beeinträchtigt, was gegen Art. 16 Banjul-Charta verstosse.³⁵³ Die ACHPR nahm in ihrem Urteil Bezug auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 14 des Ausschusses für WSK-Rechte. Danach seien die Staaten rechtlich verpflichtet, das Recht auf Gesundheit ihrer Bürgerinnen und Bürger zu schützen, indem sie unter anderem konkrete und gezielte Schritte zur vollständigen Verwirklichung des Rechts unternehmen und Gesetze oder andere Massnahmen erlassen, um den gleichberechtigten Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen und Gesundheitsversorgung zu gewährleisten.³⁵⁴ Nach Ansicht der Kommission wurde Art. 16 Banjul-Charta infolge sexueller Gewalt und Übergriffe, die körperlich und emotional traumatisierend sind, verletzt:

*«In the present Communication, the facts demonstrate that the Victims were physically and emotiondly (sic) traumatized as a result of sexual violence and assaults on their person. The trauma and injuries sustained has affected their physical, psychological and mental health clearly in violation of Article 16(1) of the African Charter.»*³⁵⁵

d) Schwere Umweltverschmutzung

Im bereits erwähnten SERAC-Urteil ging es um die Folgen der Erdölförderung auf dem Gebiet des Volkes der Ogoni im Niger-Delta.³⁵⁶ Nigeria wurde vorgeworfen, direkt an der Verschmutzung der Luft, des Wassers sowie des Bodens beteiligt gewesen zu sein. In der Beschwerde an die ACHPR wurde behauptet

³⁵² Entscheid der ACHPR *Egyptian Initiative for Personal Rights and INTERIGHTS gegen Ägypten* vom 16.12.2011, Mitteilung Nr. 323/06, Ziff. 1-17.

³⁵³ *Ibid.*, Ziff. 259.

³⁵⁴ *Ibid.*, Ziff. 263-264.

³⁵⁵ *Ibid.*, Ziff. 265. Gemäss Art. 16 Abs. 2 Banjul-Charta müssen die Vertragsstaaten alle notwendigen Massnahmen ergreifen, um die Gesundheit ihres Volkes zu schützen und um sicherzustellen, dass jedermann im Krankheitsfall medizinisch versorgt wird. Dieser Absatz wurde nicht als verletzt betrachtet, weil die Opfer nach den jeweiligen Angriffen alle medizinisch versorgt wurden, siehe Ziff. 266.

³⁵⁶ Entscheid der ACHPR *SERAC and CESR gegen Nigeria* vom 27.5.2002, Mitteilung Nr. 155/96, Ziff. 1 f.

tet, dass das Ölkonsortium die Ölvorkommen in Ogoniland ohne Rücksicht auf die Gesundheit und die Umwelt der örtlichen Gemeinden ausgebeutet habe. So habe das Ölkonsortium giftige Abfälle in die Umwelt und in die örtlichen Wasserwege entsorgt, was einen Verstoss gegen die geltenden internationalen Umweltstandards darstelle. Das Konsortium habe zudem die Wartung seiner Anlagen vernachlässigt. Dies habe zu zahlreichen vermeidbaren Ölleckagen in der Nähe von Dörfern geführt. Die daraus resultierende Verunreinigung von Wasser, Boden und Luft hätte kurz- und langfristig schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesundheit der lokalen Bevölkerung, darunter Hautinfektionen, Magen-Darm- und Atemwegserkrankungen sowie ein erhöhtes Risiko für Krebserkrankungen, neurologische und reproduktive Probleme.³⁵⁷ Die ACHPR erklärte dabei die Pflichten, die Nigeria im Zusammenhang mit Art. 16 (sowie Art. 24) Banjul-Charta³⁵⁸ hat:

«Government compliance with the spirit of Articles 16 and 24 of the African Charter must also include ordering or at least permitting independent scientific monitoring of threatened environments, requiring and publicising environmental and social impact studies prior to any major industrial development, undertaking appropriate monitoring and providing information to those communities exposed to hazardous materials and activities and providing meaningful opportunities for individuals to be heard and to participate in the development decisions affecting their communities.»³⁵⁹

Danach beinhaltet Art. 16 Banjul-Charta die Pflicht von Regierungen, unabhängige wissenschaftliche Überwachungen von umweltbedrohten Gebieten durchzuführen. Zudem müssen vor grösseren industriellen Projekten Umwelt- und Sozialverträglichkeitsstudien veröffentlicht werden. Die betroffenen Personen müssen angemessen informiert werden und sie müssen die Möglichkeit haben, sich an den Entwicklungsentscheidungen zu beteiligen, die ihre Gemeinschaften betreffen. Die ACHPR kam somit zum Schluss, dass die nigerianische Regierung zwar das Recht zur Ölförderung habe. Doch die soeben erwähnte Sorgfaltspflicht sei nicht angewendet worden und somit sei Art. 16 Banjul-Charta verletzt.³⁶⁰

Schliesslich wurden in einer Beschwerde von sudanesischen Menschenrechtsorganisationen grobe, massive und systematische Menschenrechtsverletzun-

³⁵⁷ Ibid., SERAC and CESR gegen Nigeria, Ziff. 1 f.

³⁵⁸ Art. 24 Banjul-Charta: «All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development.»

³⁵⁹ Ibid., SERAC and CESR gegen Nigeria, Ziff. 53.

³⁶⁰ Ibid., SERAC and CESR gegen Nigeria, Ziff. 54.

gen durch die Republik Sudan gegen die «*indigenous Black African tribes in the Darfur region*» (Westsudan) geltend gemacht.³⁶¹ Es wurde u.a. gerügt, dass Angehörige dieser Minderheit gewaltsam vertrieben und ihre Häuser und andere Gebäude ganz oder teilweise verbrannt und zerstört worden seien. Tausende von Zivilistinnen und Zivilisten in Darfur seien bei absichtlichen und willkürlichen Angriffen getötet und mehr als eine Million Menschen vertrieben worden. Des Weiteren seien Dörfer, Märkte und Wasserbrunnen von Kampfhubschraubern und Antonow-Flugzeugen angegriffen und bombardiert worden.³⁶² Die Kommission hielt betreffend Art. 16 Banjul-Charta in diesem Fall fest:

*«In the present communication, the destruction of homes, livestock and farms as well as the poisoning of water sources, such as wells exposed the victims to serious health risks and amounts to a violation of Article 16 of the Charter.»*³⁶³

e) *Fazit zur Praxis der ACHPR und des Afrikanischen Kinderrechtskomitees zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit*

Sowohl die Banjul-Charta als auch die Afrikanische Kinderrechtscharta enthalten jeweils ein explizites Recht auf Gesundheit. Nach Ansicht der ACHPR sowie des Afrikanischen Kinderrechtskomitees ist dieses Recht dann verletzt, wenn der Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen nicht gewährleistet ist. Dies ist vor allem der Fall, wenn Frauen und Kindern, inhaftierten Personen oder auch der indigenen Bevölkerung der Zugang zu der von ihnen benötigten Gesundheitsversorgung verwehrt wird. Im Zentrum steht folglich die Pflicht der Staaten, diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischen Dienstleistungen zu garantieren.

Des Weiteren wird das Recht auf Gesundheit verletzt, wenn Opfer von sexueller Gewalt und Übergriffen auf ihre Person körperlich und emotional traumatisiert werden. Solche Traumata verletzen die physische, psychische und geistige Gesundheit der betreffenden Personen, was ein Verstoß gegen das Recht auf Gesundheit darstellt.

Schliesslich wird dieses Menschenrecht durch negative Auswirkungen von Umweltschäden auf die Gesundheit verletzt. Die Vertragsstaaten sind gestützt auf das Recht auf Gesundheit gehalten, dass Personengruppen, die potenziell

³⁶¹ Entscheidung der ACHPR *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) / Sudan* vom 27.5.2009, Mitteilung Nr. 279/03-296/05, Ziff. 1 f.

³⁶² *Ibid.*, COHRE-Entscheidung, Ziff. 14.

³⁶³ *Ibid.*, COHRE-Entscheidung, Ziff. 212.

von gefährlichen Stoffen und Tätigkeiten betroffen sein können, angemessen überwacht werden. Zudem müssen die betreffenden Personen über diese Tätigkeiten informiert werden und die Möglichkeit haben, sich an den sie betreffenden Entscheidungen beteiligen zu können.

B. Praxis des EGMR

Die EMRK kennt kein explizites Menschenrecht auf Gesundheit. Der EGMR hielt dazu Folgendes fest:

«It is now well established that although the right to health is not as such among the rights guaranteed under the Convention or its Protocols (...), the High Contracting Parties have, parallel to their positive obligations under Article 2 of the Convention, a positive obligation under Article 8, firstly, to have in place regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' physical integrity and, secondly, to provide victims of medical negligence with access to proceedings in which they can, where appropriate, obtain compensation for damage (...)»³⁶⁴

Der EGMR behandelt folglich gesundheitsrechtliche Fälle neben Art. 3 EMRK³⁶⁵ vor allem nach Art. 8 EMRK und Art. 2 EMRK. Die Vertragsstaaten haben nach diesen Artikeln jeweils die Verpflichtung, Handlungen zu unterlassen, die die Gesundheit von Personen ernsthaft gefährden können. In diesem Teil der Arbeit wird ein Überblick über die diesbezüglich einschlägigen Fälle des EGMR gegeben. Dadurch soll aufgezeigt werden, welche Erkenntnisse betreffend Aspekte des Rechts auf Gesundheit aus der EMRK hergeleitet werden können.

Das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familien- und des Privatlebens ist in der Praxis des EGMR zu gesundheitsrechtlichen Beschwerdevorbringen besonders hervorgehoben worden. Daher wird nachfolgend der Fokus auf diese Fälle gelegt.

a) Verletzung von Art. 8 EMRK

Gemäss Praxis des EGMR umfasst Art. 8 EMRK die körperliche und mentale Unversehrtheit einer Person.³⁶⁶ Der EGMR hielt dazu fest:

³⁶⁴ Urteil des EGMR *Botoyan gegen Armenien* vom 8.2.2022, Nr. 5766/17, Ziff. 90.

³⁶⁵ Siehe dazu [Kapitel 1 unter II. 2. A.](#)

³⁶⁶ Siehe z.B. das Urteil des EGMR *Van Kück gegen Deutschland* vom 12.6.2003, Nr. 35968/97, Ziff. 69 oder Urteil des EGMR *X und Y gegen die Niederlande* vom 26.3.1985, Nr. 8978/80, Ziff. 22.

«Article 8 encompasses the physical integrity of a person, since a person's body is the most intimate aspect of private life, and medical intervention, even if it is of minor importance, constitutes an interference with this right.»³⁶⁷

Diese Aspekte des Begriffs «Privatleben» erstrecken sich auch auf Situationen des Freiheitsentzugs.³⁶⁸ Art. 8 EMRK umfasst zudem die Mitwirkung einer Person bei der Wahl der medizinischen Versorgung und der Einwilligung in diese sowie den Zugang zu Informationen, die die Beurteilung von allfälligen Gesundheitsrisiken ermöglichen.³⁶⁹ Der EGMR kam in mehreren Urteilen zum Schluss, dass Staaten diese Informationspflicht und damit Art. 8 EMRK verletzt haben.³⁷⁰

³⁶⁷ Urteil des EGMR *Konovalova gegen Russland* vom 9.10.2014, Nr. 37873/04, Ziff. 40. In diesem Fall verletzte Russland Art. 8 EMRK, da ein Student anwesend war, als die Beschwerdeführerin ihr Kind gebar, ohne dass ihre eindeutige Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage dazu vorlag, siehe Ziff. 41 und Ziff. 47, wobei keine gesetzliche Grundlage dafür bestand, Ziff. 49 f. Siehe auch das Urteil des EGMR *Atudorei gegen Russland* vom 16.9.2014, Nr. 50131/08, Ziff. 160: Art. 8 EMRK wurde verletzt, da die Beschwerdeführerin ohne ihre Zustimmung in einer psychiatrischen Klinik hospitalisiert wurde, Ziff. 164-167. Zudem verletzt die fehlende Zustimmung zu einer Autopsie an einem verstorbenen Baby Art. 8 EMRK, siehe Urteil des EGMR *Polat gegen Österreich* vom 20.7.2021, Nr. 12886/16, Ziff. 80-91 und Ziff. 115-120. Art. 8 EMRK garantiert auch das Recht einer Mutter, zu entscheiden, welche medizinische Behandlung ihr Kind erhalten und ob es in einem Krankenhaus untergebracht werden soll, siehe Urteil des EGMR *Hanzelkovi gegen die Tschechische Republik* vom 11.12.2014, Nr. 43643/10, Ziff. 67.

³⁶⁸ Urteil des EGMR *Abu Zubaydah gegen Litauen* vom 31. Mai 2018, Nr. 46454/11, Ziff. 664 sowie dessen frühere Beschwerde an den EGRM, siehe Urteil *Husayn (Abu Zubaydah) gegen Polen* vom 24.7.2014, Nr. 7511/13, Ziff. 532; Urteil *Al Nashiri gegen Polen* vom 24.7.2014, Nr. 28761/11, Ziff. 538f.

³⁶⁹ Siehe z.B. Urteil des EGMR *Grimkovskaya gegen die Ukraine* vom 21.7.2011, Nr. 38182/03, Ziff. 72 f.: Dieser Fall betraf Gesundheitsauswirkungen (Lärmbelästigung und Luftverschmutzung), die vom Betrieb einer Autobahn ausgingen. Die ukrainischen Behörden hatten keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt und auch keine vernünftige Umweltmanagementpolitik eingeführt. Zudem konnten die betreffenden Personen bei den entsprechenden Entscheidprozessen nicht mitwirken und es bestand keine Anfechtungsmöglichkeit der kommunalen Politik. Dadurch wurde Art. 8 EMRK verletzt.

³⁷⁰ So z.B. im Urteil des EGMR *Vilnes et al. gegen Norwegen* vom 5.12.2013, Nr. 52806/09 und 22703/10, betreffend Gesundheitsprobleme von Tiefseetauchenden nach ihren Tauchgängen im Rahmen der norwegischen Pionierzeit der Erdölförderung zwischen 1965 bis 1990 in der Nordsee. Der EGMR urteilte, dass Art. 8 EMRK verletzt wurde, weil die Tauchenden ungenügend über die Gesundheitsrisiken dieser Taucheinsätze informiert worden waren, Ziff. 253 und Ziff. 244. Siehe auch das Urteil *Solyanik gegen Russland* vom 10.5.2022, Nr. 47987/15, Ziff. 53 betreffend die Nutzung eines Friedhofs unter Verletzung der einschlägigen innerstaatlichen Gesundheitsvorschriften, ohne Informationen bzw. Erklärung über den Grund der Verzögerung des dagegen eingeleiteten Verfahrens. Siehe zudem das Urteil *S.B. gegen Rumänien* vom 23.9.2014, Nr. 24453/04, Ziff. 65 mit Verweis auf das Urteil *Trocellier gegen Frankreich* (dec.) vom 5.10.2006, Nr. 75725/01, Ziff. 1 oder das Urteil *Guerra et al. gegen Italien* vom 19.2.1998, Nr. 116/1996/735/932, Ziff. 60. Im Urteil *Tătar*

Art. 8 EMRK kann ferner die Verpflichtung zur finanziellen Unterstützung von medizinischen Behandlungen und Gesundheitsfürsorge enthalten.³⁷¹

Das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK erstreckt sich auch auf die Geschlechtsidentität als Bestandteil der persönlichen Identität.³⁷²

Art. 8 EMRK garantiert zwar kein bedingungsloses Recht auf geschlechtsangleichende Operationen. Der EGMR anerkannte jedoch, dass Transgenderismus als ein Gesundheitszustand anerkannt ist, der eine Behandlung zur Unterstützung der betreffenden Person rechtfertigt. So werden entsprechende Behandlungen, einschliesslich irreversibler geschlechtsangleichender Operationen, in den meisten Vertragsstaaten angeboten.³⁷³ Durch Art. 8 EMRK werden demgegenüber auch Personen geschützt, die sich keiner geschlechtsangleichenden Behandlung unterzogen haben oder keine solche wünschen.³⁷⁴

In einem diesbezüglichen Leitentscheid wurde von drei Beschwerdeführerinnen – die alle als (biologischer) Mann geboren wurden – gerügt, dass gemäss damals geltendem französischen Recht das Geschlecht in offiziellen Dokumenten nur bei Nachweis einer Störung der Geschlechtsidentität sowie un-

gegen Rumänien vom 27.1.2009, Nr. 67021/01 erhielt die Betreibergesellschaft einer Goldmine die Genehmigung für den Betrieb der Mine unter Verwendung von Natriumcyanid. Im Jahr 2000 ereignete sich ein Unfall, bei dem 100'000 m³ mit Zyanid verseuchtes Wasser in die Umwelt gelangte. Der Beschwerdeführer Tatar erhob Klage wegen der Umwelt- und Gesundheitsgefahren. Nach Ansicht des EGMR wurde Art. 8 EMRK verletzt, da die Resultate einer Umweltverträglichkeitsprüfung, basierend auf welche diese Betriebsgenehmigung erteilt wurde, der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht wurden, Ziff. 122-125. Art. 8 EMRK beinhaltet auch die Pflicht der Staaten, betreffenden Personen effektiv Zugang zu ihren Gesundheitsdaten zu gewähren, siehe das Urteil *K.H. et al. gegen die Slowakei* vom 28.4.2009, Nr. 32881/04, Ziff. 47 oder das Urteil *Roche gegen das Vereinigte Königreich* (Grosse Kammer) vom 19.10.2005, Nr. 32555/96, Ziff. 161 und Ziff. 166-169.

³⁷¹ Dazu zählt z.B. die Gewährung einer persönlichen Assistenz für eine Person mit einer Behinderung, siehe Urteil des EGMR *Jivan gegen Rumänien* vom 8.2.2022, Nr. 62250/19, Ziff. 28 und Ziff. 41.

³⁷² Urteil des EGMR *S.V. gegen Italien* vom 11.10.2018, Nr. 55216/08, Ziff. 54.

³⁷³ Urteil des EGMR *Y.Y. gegen die Türkei* vom 10.3.2015, Nr. 14793/08, Ziff. 65.

³⁷⁴ Urteil des EGMR *X. gegen die ehemaligen Republik Mazedonien* vom 17.1.2019, Nr. 29683/16, Ziff. 38. In diesem Fall wehrte sich der Beschwerdeführer, der als biologisches Mädchen geboren wurde, gegen das Fehlen eines Rechtsrahmens und eines wirksamen Rechtsbehelfs für die rechtliche Anerkennung seines Geschlechts sowie gegen die willkürliche und ungerechtfertigte Auferlegung der Verpflichtung zu einer Genitaloperation, um sein Geschlecht in amtlichen Unterlagen ändern zu lassen, Ziff. 3. Der EGMR kam zum Schluss, dass Art. 8 EMRK aufgrund diesbezüglicher Lücken im mazedonischen Recht verletzt wurde, Ziff. 69-71. Siehe z.B. auch das Urteil des EGMR *S.V. gegen Italien* vom 11.10.2018, Nr. 55216/08, Ziff. 55; Urteil des EGMR *Pretty gegen das Vereinigte Königreich* vom 29.4.2002, Nr. 2346/02, Ziff. 61 oder Urteil des EGMR *Van Kück gegen Deutschland* vom 12.6.2003, Nr. 35968/97, Ziff. 69.

umkehrbarer Änderung des Aussehens geändert werden könne. Sie machten geltend, dass sie dadurch im Endeffekt zu einer Operation oder einer Behandlung, die zu irreversibler Sterilität führt, gezwungen würden.³⁷⁵ Gemäss EGMR berühren medizinische Behandlungen und Operationen dieser Art die durch Art. 3 und Art. 8 EMRK geschützte körperliche Unversehrtheit einer Person.³⁷⁶ Der EGMR hielt dazu fest:

«Making the recognition of transgender persons' gender identity conditional on sterilisation surgery or treatment – or surgery or treatment very likely to result in sterilisation – which they do not wish to undergo therefore amounts to making the full exercise of their right to respect for their private life under Article 8 of the Convention conditional on their relinquishing full exercise of their right to respect for their physical integrity as protected by that provision and also by Article 3 of the Convention.»³⁷⁷

Folglich wird das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK bei fehlender Einwilligung in eine Sterilisation verletzt.³⁷⁸ Da eine Sterilisation eine der wesentlichen Körperfunktionen des Menschen betrifft, wirkt sie sich auf vielfältige Aspekte der persönlichen Integrität aus. Dies schliesst auch das körperliche und geistige Wohlbefinden sowie das emotionale, spirituelle und familiäre Leben ein.³⁷⁹

Das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK beinhaltet auch den Schutz von persönlichen medizinischen Daten sowie deren Weitergabe an Drittpersonen.³⁸⁰ So verletzt z.B. die Weitergabe eines positiven HIV-Resultats an eine andere als die an HIV erkrankte Person Art. 8 EMRK.³⁸¹ Des Weiteren kann

³⁷⁵ Urteil des EGMR A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich vom 6.4.2017, Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13, Ziff. 83.

³⁷⁶ Ibid., A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich, Ziff. 127.

³⁷⁷ Ibid., A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich, Ziff. 131.

³⁷⁸ Urteil des EGMR Y.P. gegen Russland vom 20.9.2022, Nr. 43399/13, Ziff. 54-60. Siehe Ziff. 34: «The Court observes that cases concerning medical interventions, including those carried out without the consent of the patient, will generally lend themselves to be examined under Article 8 of the Convention.» In mehreren Entscheiden kam der EGMR zum Schluss, dass in Fällen von fehlender Einwilligung für eine Sterilisation die Schwelle für eine Verletzung von Art. 3 EMRK erreicht wurde, siehe Urteil V.C. gegen die Slowakei vom 8.11.2011, Nr. 18968/07, Ziff. 116-120; Urteil N.B. gegen die Slowakei vom 12.6.2012, Nr. 29518/10, Ziff. 79-81; Urteil I.G. et al. gegen die Slowakei vom 13.11.2012, Nr. 15966/04, Ziff. 123-124.

³⁷⁹ Ibid., Y.P. gegen Russland, Ziff. 51.

³⁸⁰ Urteil des EGMR M.S. gegen Schweden Urteil vom 27.8.1997, Nr. 74/1996/693/885, Ziff. 35; bestätigt im Urteil Y.Y. gegen Russland vom 23.2.2016, Nr. 40378/06, Ziff. 39.

³⁸¹ Urteil des EGMR M.K. gegen die Ukraine vom 15.9.2022, Nr. 24867/13, Ziff. 34, 40, 50 und 52-61. Siehe auch Urteil des EGMR Rodina gegen Lettland Urteil vom 14.5.2020, Nr. 48534/10 und Nr. 19532/15, wo sensible Daten betreffend die mentale Gesundheit der Mutter

Art. 8 EMRK im Falle von Behandlungsfehlern, die zu einer dauerhaften körperlichen Beeinträchtigung führen, verletzt sein. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn keine angemessenen Rechtsbehelfe dagegen zur Verfügung stehen.³⁸²

Wie bereits aufgezeigt wurde, sind medizinische Aspekte auch bei der Verfügung von Wegweisungen von Personen zu berücksichtigen.³⁸³ Zudem darf die Einreise in einen Vertragsstaat nicht allein wegen des Gesundheitszustands einer Person verweigert werden.³⁸⁴

Schliesslich ist Art. 8 EMRK auch auf Fälle von unmittelbaren Schadstoffauswirkungen anwendbar. Der erste Fall, in dem entschieden wurde, dass die EMRK Umweltrechte einschliesst, war der Fall *López Ostra gegen Spanien*³⁸⁵ aus dem Jahr 1994. Dabei ging es um unerträgliche Bedingungen, unter denen die Einwohnerinnen und Einwohner einer örtlichen Gemeinde in Spanien in der Nähe einer privaten Gerberei-Abfallbehandlungsanlage lebten. Die Be-

der Beschwerdeführerin ohne deren explizite Zustimmung in einem Artikel veröffentlicht wurden. Dies verletzt nach Ansicht des EGMR Art. 8 EMRK, Ziff. 122 und Ziff. 135.

³⁸² Urteil des EGMR *Botoyan gegen Armenien* vom 8.2.2022, Nr. 5766/17, Ziff. 119, Ziff. 125 und Ziff. 131 f. Zum selben Schluss kam der EGMR im Urteil *Erdinç Kurt et al. gegen die Türkei* vom 6.6.2017, Nr. 50772/11 betreffend ein Kind, das Herzprobleme hatte und operiert werden musste. Nach der zweiten Operation kam es zu schweren neurologischen Folgeschäden und einer schweren irreparablen psychomotorischen Behinderung, Ziff. 5 ff. Die Türkei verletzte Art. 8 EMRK, weil «*the applicants did not benefit from an appropriate judicial reaction complying with the inherent obligation to protect Duru Kurt's right to physical integrity*», Ziff. 71. Siehe auch Urteil *S.B. gegen Rumänien* vom 23.9.2014, Nr. 24453/04 bei einer dauerhaften körperlichen Behinderung nach einer Zahnbehandlung, Ziff. 69 ff. und Ziff. 80 f.

³⁸³ Siehe [Kapitel 1 unter II. 2. A](#). So z.B. im Urteil des EGMR *Savran gegen Dänemark* (Grosse Kammer) vom 7.12.2021, Nr. 57467/15, Ziff. 191-192, wobei in diesem Fall die medizinischen Aspekte gemäss EGMR von den vorinstanzlichen Gerichten genügend berücksichtigt wurden. Die Wegweisung des Beschwerdeführers in die Türkei verletzte Art. 8 EMRK, da Dänemark eine ungenügende Interessensabwägung durchgeführt hatte. So wurde z.B. die vergangene Zeitspanne seit der vom Beschwerdeführer begangenen Straftat und die Veränderungen seiner persönlichen Umstände ungenügend berücksichtigt, Ziff. 196-202. Siehe dazu auch das Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* vom 17.4.2014, Nr. 41738/10, Ziff. 154. Siehe auch das Urteil des EGMR *Unuana gegen das Vereinigte Königreich* vom 24.11.2020, Nr. 80342/17, wonach bei der Wegweisung einer Person u.a. der Gesundheitszustand ihrer Kinder zu beachten ist, wobei die Wahrung des übergeordneten Kindesinteresses hoch zu gewichten ist, Ziff. 89.

³⁸⁴ Urteil des EGMR *Ustinova gegen Russland* vom 8.11.2016, Nr. 7994/14, Ziff. 48. In diesem Fall wurde einer ukrainischen Staatsangehörigen, die mit einem Russen verheiratet war und mit ihm ein gemeinsames Kind hatte, die Wiedereinreise nach Russland aufgrund ihrer HIV-Erkrankung verweigert, Ziff. 7-15. Dies verletzte nach Ansicht des EGMR Art. 8 EMRK, Ziff. 54.

³⁸⁵ Urteil des EGMR *López Ostra gegen Spanien* vom 9.12.1994, Nr. 16798/90.

schwerdeführerin rügte, dass diese Lebensbedingungen zu ernsthaften Gesundheitsproblemen und damit zu einem ungerechtfertigten Eingriff in ihr Familienleben nach Art. 8 EMRK führten.³⁸⁶ Der EGMR stellte fest, dass die Familie der Beschwerdeführerin die durch die Anlage verursachten Beeinträchtigungen über drei Jahre lang habe ertragen müssen. Gemäss EGMR sei es Spanien nicht gelungen, eine angemessene Abwägung zwischen dem Interesse der Stadt am wirtschaftlichen Wohlergehen – dem Interesse an einer Abfallbehandlungsanlage – und dem Recht der Beschwerdeführerin auf Achtung ihrer Wohnung und ihres Privat- und Familienlebens zu schaffen. Somit lag ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vor.³⁸⁷

Somit führt die unmittelbare Auswirkung giftiger Emissionen auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dazu, dass Art. 8 EMRK in solchen Fällen anwendbar ist.³⁸⁸ Die Umweltverschmutzung kann dabei entweder direkt vom Staat verursacht worden sein. Die Staaten haben nach Art. 8 EMRK aber auch die Verantwortung, die Tätigkeiten des privaten Sektors angemessen zu regeln und gegebenenfalls zeitnah Rechtsbehelfe zu garantieren.³⁸⁹ Er-

³⁸⁶ Ibid., *López gegen Spanien*, Ziff. 8, Ziff. 47, Ziff. 57 und Ziff. 58.

³⁸⁷ Ibid., *López gegen Spanien*, Ziff. 58. Zum selben Schluss kam der EGMR in dessen Urteil *Fadeyeva gegen Russland* vom 9.5.2005, Nr. 55723/00, Ziff. 116-134 sowie auch im Urteil *Pavlov et al. gegen Russland* vom 11.10.2022, Nr. 31612/09, wo gerügt wurde, die Behörden hätten die Beschwerdeführenden ungenügend vor giftigen Schadstoffen in der Luft und im Trinkwasser geschützt. Sie waren dieser Verschmutzung mehr als zwanzig Jahre lang ausgesetzt, ohne dass die Behörden angemessen reagiert oder eine genügende Interessensabwägung vorgenommen hätten, Ziff. 7 f. und Ziff. 14. Der EGMR-Richter SERGHIDES betonte im *Pavlov*-Urteil die Wichtigkeit eines neuen Protokolls betreffend ein Recht auf eine gesunde, sichere und nachhaltige Umwelt. Denn derzeit könne Art. 8 EMRK nur Schutz bieten, wenn ein Zusammenhang zwischen Umweltschäden und der Gesundheit, dem Wohlbefinden oder der Lebensqualität der betreffenden Personen bestehe. Daher sei Art. 8 EMRK auf konkrete Auswirkungen von Umweltschäden auf das menschliche Leben beschränkt, anstatt ein breiteres Regelungsinstrument für den Umweltschutz zu sein, siehe Richter GEORGIOS A. SERGHIDES, *Concurring Opinion* zum Urteil des EGMR *Pavlov et al. gegen Russland* vom 11.10.2022, Nr. 31612/09, Ziff. 18-22.

³⁸⁸ Urteil des EGMR *Guerra et al. gegen Italien* vom 19.2.1998, Nr. 116/1996/735/932, Ziff. 57.

³⁸⁹ Urteil des EGMR *Jugheli et al. gegen Georgien* vom 13.7.2017, Nr. 38342/05, Ziff. 73; Urteil des EGMR *Hatton et al. gegen das Vereinigte Königreich* (Grosse Kammer) vom 8.7.2003, Nr. 36022/97, Ziff. 98: Dieser Fall betraf Auswirkungen auf die Gesundheit durch Fluglärm. Siehe auch das Urteil des EGMR *Dubetska et al. gegen die Ukraine* vom 10.2.2011, Nr. 30499/03, wo die Regierung über eine zu lange Zeitspanne ungenügend reagiert hat, um die Beschwerdeführenden vor Umweltverschmutzungen durch zwei staatliche Industrieanlagen zu schützen, Ziff. 146-156. Zum selben Schluss kam der EGMR im Urteil *Taşkın et al. gegen die Türkei* vom 30.3.2005, Nr. 46117/99 betreffend die Auswirkungen einer Goldmine, Ziff. 123-126. Siehe auch das Urteil des EGMR *Giacomelli gegen Italien* vom 2.11.2006, Nr. 59909/00, Ziff. 78, wo Italien keine angemessene Abwägung zwischen dem öffentli-

fasst werden auch Gefährdungen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einer öffentlichen Gesellschaft bestehen, die im Besitz und unter der Kontrolle der Regierung betrieben wird.³⁹⁰ Betreffend Umweltverschmutzungen hielt der EGMR fest:

«The Court reiterates at the outset that Article 8 is not violated every time an environmental pollution occurs. There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8 (...). Furthermore, the adverse effects of the environmental pollution must attain a certain minimum level if they are to fall within the scope of Article 8 (...). The assessment of that minimum is relative and depends on all the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance, and its physical or psychological effects.»³⁹¹

Voraussetzung für eine Verletzung von Art. 8 EMRK bei Schadstoffauswirkungen ist somit, dass ein tatsächlicher Eingriff in die Privatsphäre vorliegt. Zudem müssen die Auswirkungen auf die Gesundheit ein gewisses Mindestmass bzw. einen gewissen Schweregrad erreichen. Fehlen direkte Beweise für eine tatsächliche Gesundheitsschädigung oder den Zusammenhang zwischen der Gefährdung der Gesundheit und dem Umweltschaden, müssen die potenziellen Umweltrisiken eine enge Verbindung zum Privatleben aufweisen. Erst dann ist der Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK eröffnet. Ob dieser Schweregrad erreicht wurde, hängt von allen Umständen des Falles ab.³⁹² Eine Ver-

chen Interesse an einer Anlage zur Behandlung giftiger Industrieabfälle und der Wahrnehmung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Achtung ihrer Wohnung und ihres Privat- und Familienlebens vorzunehmen vermochte, Ziff. 96 f.

³⁹⁰ Urteil des EGMR *Brincat et al. gegen Malta* vom 24.7.2014, Nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 und 62338/11, Ziff. 81 betreffend Gesundheitsschäden, die in einem staatlichen Unternehmen durch Asbest verursacht worden sind.

³⁹¹ Urteil des EGMR *Jugheli et al. gegen Georgien* vom 13.7.2017, Nr. 38342/05, Ziff. 62: Die Beschwerdeführenden rügten, dass Georgien sie nicht gegen Luftverschmutzung, Lärm und elektromagnetische Verschmutzung, die von den in ihrer unmittelbaren Nähe liegenden Wärmekraftwerk ausging, geschützt hatte. Dies führte zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Umwelt und zu einer Gefährdung ihrer Gesundheit, Ziff. 50. Der EGMR urteilte, dass Art. 8 EMRK aufgrund des Fehlens eines Regelungsrahmens für das Kraftwerk verletzt wurde, Ziff. 75-78. Siehe auch das Urteil des EGMR *Fadeyeva gegen Russland* vom 9.5.2005, Nr. 55723/00, Ziff. 68.

³⁹² Urteil des EGMR *Kotov et al. gegen Russland* vom 11.10.2022, Nr. 6142/18, Ziff. 101 und Ziff. 107-109. In diesem Fall ging es um die Auswirkungen von Haushaltsabfällen, die in einem Steinbruch abgelagert wurden, was zu einer Reihe von Umweltbeeinträchtigungen führte, wie z.B. starke Geruchsbelästigung, Luftverschmutzung, Verunreinigung des Grundwassers und die Verbreitung von Abfallpartikeln in der Luft, Ziff. 5 f. Der EGMR kam zum Schluss, dass Art. 8 EMRK während der Zeit, als die Vorschriften betreffend Abfallbe-

letzung von Art. 8 EMRK liegt z.B. dann vor, wenn die Umweltverschmutzung über eine gewisse Zeitspanne hinweg andauerte, ohne dass der Staat angemessen darauf reagierte. Die möglichen Schutzmassnahmen des Staates können namentlich in der Ausarbeitung und Durchsetzung von Vorschriften zum Schutz der Gesundheit der betreffenden Personen vor Umweltverschmutzung und Schadstoffen liegen.³⁹³ Ein anderes Beispiel wäre die Umsiedlung von betreffenden Personen aus einer Gefahrenzone oder die Leistung von Entschädigungen.³⁹⁴ Art. 8 EMRK kann z.B. auch bei Lärmbelastigungen, die von Discos und Bars ausgehen und eine nachgewiesene negative Auswirkung auf die Gesundheit haben, verletzt sein.³⁹⁵ Eine Verletzung lag auch im Fall von

wirtschaftung nicht konsequent durchgesetzt wurden, verletzt wurde, Ziff. 135. Siehe auch das Urteil des EGMR *Dzemyuk gegen die Ukraine* vom 4.9.2014, Nr. 42488/02, Ziff. 82-84 betreffend die Auswirkungen eines Friedhofs auf die Gesundheit der in der Nähe wohnenden Personen wegen Wasserverschmutzung. In diesem Fall wurde gemäss EGMR der notwendige Schweregrad erreicht, da innerstaatliche Gesundheitsvorschriften nicht eingehalten wurden, Ziff. 83 f. Siehe auch das Urteil des EGMR *Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva und Romashina gegen Russland* vom 26.10.2006, Nr. 53157/99, 53247/99, 53695/00 und 56850/00, Ziff. 100 betreffend die Auswirkungen eines Stahlwerks; oder auch das Urteil des EGMR *Kapa et al. gegen Polen* vom 14.10.2021, Nr. 75031/13, Ziff. 153, welches die nachteiligen Auswirkungen der Umweltverschmutzung von Schwerlastverkehr (Lärm, Erschütterungen und Abgase) betraf. Art. 8 EMRK wurde aufgrund der fehlenden rechtzeitigen und angemessenen Reaktion auf dieses Problem verletzt, siehe Ziff. 157-175.

³⁹³ Urteil des EGMR *Kotov et al. gegen Russland* vom 11.10.2022, Nr. 6142/18, Ziff. 127-136. Siehe auch das Urteil des EGMR *Di Sarno et al. gegen Italien* vom 10.1.2012, Nr. 30765/08, Ziff. 106, wo die Verwaltung der Abfallsammel-, -behandlungs- und -entsorgungsdienste durch Italien schlecht durchgeführt wurden. Dies verletzte die positiven Verpflichtungen nach Art. 8 EMRK. Der EGMR kam zu diesem Schluss, obwohl die akute Krise bloss fünf Monate lang andauerte, siehe Ziff. 112.

³⁹⁴ So im Urteil des EGMR *Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva und Romashina gegen Russland* vom 26.10.2006, Nr. 53157/99, 53247/99, 53695/00 und 56850/00, Ziff. 105-110: Der EGMR bestätigte in diesem Urteil seine Rechtsprechung aus seinem Urteil *Fadeyeva gegen Russland* vom 9.5.2005, Nr. 55723/00, wo der EGMR zwar keinen kausalen Zusammenhang zwischen dem Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin und dem Stahlwerk, von dem gesundheitsschädigende Emissionen ausging, sah, Ziff. 80. Doch durch diese Emissionen wurde die Beschwerdeführerin anfälliger auf verschiedene Krankheiten und ihre Lebensqualität zu Hause wurde beeinträchtigt, Ziff. 88. Der Staat hätte angemessene Massnahmen zur Vermeidung oder Verringerung der Verschmutzungsgefahren ergreifen müssen, Ziff. 92. Art. 8 EMRK wurde aufgrund der fehlenden angemessenen Interessensabwägung als verletzt angesehen, siehe Ziff. 116-134.

³⁹⁵ Siehe z.B. das Urteil des EGMR *Cuenca Zarzoso gegen Spanien* vom 16.1.2018, Nr. 23382/12 Ziff. 16. Bejaht wurde eine Verletzung von Art. 8 EMRK auch im Urteil des EGMR vom 20.5.2010, *Oluić gegen Kroatien*, Nr. 61260/08. In diesem Fall überstieg der von der Bar ausgehende Lärmpegel die von der WHO und den meisten europäischen Ländern festgelegten internationalen Normen. Die Beeinträchtigung dauerte über acht Jahre an, ohne dass die Behörden etwas dagegen unternommen haben. Somit lag die erforderliche Intensität vor, Ziff. 60-66.

verschmutztem Trinkwasser vor, wodurch die Beschwerdeführerin an akuter Dysenterie litt und zwei Wochen im Krankenhaus verbringen musste. Nach Ansicht des EGMR habe sie dadurch ein gewisses Mass an psychischem und physischem Leiden erlitten.³⁹⁶

In einem weiteren Entscheid zu dieser Thematik setzte sich der EGMR mit den Konsequenzen der Abfallentsorgungssituation in Kampanien, Italien, auseinander. In diesem Fall wurden grosse Abfallmengen entlang öffentlicher Strassen angehäuft, was die Gesundheit der Anwohnerinnen und Anwohner gefährdete. Diese wurden dadurch anfälliger für verschiedene Krankheiten.³⁹⁷ Der EGMR stellte fest, dass die Gebiete, in denen die Beschwerdeführenden wohnten, von 1994 bis 2009 von dieser Umweltverschmutzung betroffen waren.³⁹⁸ Die Mülldeponie hatte aufgrund der rund zwanzig Jahre andauernden illegalen Müllablagerung eine erhebliche Umweltverschmutzung verursacht. Dies war den Behörden seit 2001 bekannt und dennoch wurde 2007 die Genehmigung zur Neueröffnung der Deponie erteilt. Dadurch wurden die Umweltschäden noch verschlimmert. 2008 wurde die Deponie sodann geschlossen, wobei dies nicht verhindert hatte, dass die Abfälle weiterhin die Umwelt schädigen und die Gesundheit der Anwohnerinnen und Anwohner gefährden. Die Sicherstellung und Sanierung dieses Gebiets wurde nicht vollständig durchgeführt. Daher kam der EGMR zum Schluss, dass die italienischen Behörden es versäumt hatten, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um das Recht der Beschwerdeführenden auf Achtung ihres Privatlebens vor der durch die Deponie verursachten Umweltverschmutzung zu schützen. Dies stelle eine Verletzung von Art. 8 EMRK dar.³⁹⁹

Schliesslich setzte sich der EGMR im Fall des Schweizer Vereins der KlimaSeniorinnen mit unzureichendem Klimaschutz auseinander.⁴⁰⁰ Die KlimaSeniorinnen rügten, dass die Auswirkungen des Klimawandels, insbesondere immer

³⁹⁶ Urteil des EGMR *Otgon gegen die Republik Moldau* vom 25.10.2016, Nr. 22743/07, Ziff. 19. Bei der Beurteilung der Frage, ob die moldauischen Behörden ihrer positiven Verpflichtung aus Art. 8 EMRK nachgekommen sind, stellte der EGMR fest, dass der Beschwerdeführerin zwar Schadensersatz zugesprochen wurde. Dieser lag jedoch erheblich unter dem Mindestbetrag, der vom EGMR in Fällen einer Verletzung von Art. 8 EMRK zugesprochen wird, Ziff. 17-19.

³⁹⁷ Urteil des EGMR *Locascia et al. gegen Italien* vom 19.10.2023, Nr. 35648/10, Ziff. 128 f.

³⁹⁸ *Ibid.*, *Locascia gegen Italien*, Ziff. 126-134.

³⁹⁹ *Ibid.*, *Locascia gegen Italien*, Ziff. 141-151.

⁴⁰⁰ Urteil des EGMR *Verein KlimaSeniorinnen et al. gegen die Schweiz* vom 9.4.2024, Nr. 53600/20.

häufiger auftretende extreme Hitzewellen, ein ernsthaftes Gesundheitsrisiko darstellen.⁴⁰¹ Der EGMR stellte in seinem Leitentscheid fest:

*«Drawing on the above considerations, and having regard to the causal relationship between State actions and/or omissions relating to climate change and the harm, or risk of harm, affecting individuals (see paragraphs 435, 436 and 478 above), Article 8 must be seen as encompassing a right for individuals to effective protection by the State authorities from serious adverse effects of climate change on their life, health, well-being and quality of life.»*⁴⁰²

Der EGMR leitet somit aus Art. 8 EMRK das Recht einzelner Personen ab, wirk-samen Schutz durch staatliche Behörden vor schwerwiegenden Beeinträchti-gungen u.a. auf die Gesundheit zu geniessen, die durch die schädlichen Aus-wirkungen und Risiken des Klimawandels verursacht werden.⁴⁰³ Somit kam der EGMR zum Schluss, dass es im Verfahren der Schweizer Behörden zur Schaffung eines entsprechenden innerstaatlichen Regelungsrahmens erheb-liche Lücken gab. U.a. versäumten sie es, nationale Treibhausgasemissions-grenzen, beispielsweise in Form eines CO₂-Budgets zu quantifizieren. Darüber hinaus stellte der Gerichtshof fest, dass die Schweiz ihre früheren Ziele zur Reduktion von Treibhausgasemissionen nicht erreicht hatte. Durch das Ver-säumnis, rechtzeitig sowie in angemessener und kohärenter Weise einen ge-eigneten legislativen und administrativen Rahmen zu entwerfen, weiterzu-entwickeln und umzusetzen, habe die Schweiz ihren Beurteilungsspielraum überschritten und ihren positiven Verpflichtungen nicht entsprochen. Da-durch habe die Schweiz Art. 8 EMRK verletzt.⁴⁰⁴

b) Verletzung von Art. 2 EMRK

Art. 2 EMRK schützt das Recht auf Leben. Nebst Anwendung im Falle des Ver-sterbens einer Person⁴⁰⁵ überprüft der EGMR auch Beschwerden von noch le-benden Personen, die einer ernsthaften Lebensgefahr ausgesetzt waren, nach Art. 2 EMRK.⁴⁰⁶ Denn nach Art. 2 EMRK haben die Vertragsstaaten die Pflicht,

⁴⁰¹ Ibid., *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, Ziff. 10-20 sowie Ziff. 316-318.

⁴⁰² Ibid., *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, Ziff. 519.

⁴⁰³ Ibid., *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, Ziff. 544.

⁴⁰⁴ Ibid., *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, Ziff. 573 f.

⁴⁰⁵ Siehe z.B. Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30.11.2004, Nr. 48939/99, Ziff. 71 betr. Todesfälle infolge einer Methanexplosion auf einer Mülldeponie.

⁴⁰⁶ Siehe z.B. Urteil des EGMR *Brincat et al. gegen Malta* vom 24.10.2014, Nr. 60908/11, Ziff. 82 betr. Asbestaussetzung am Arbeitsplatz; Urteil des EGMR *Budayeva et al. gegen Russland* vom 20.3.2008, Nr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02, Ziff. 146, u.a.

das Leben einer Person zu schützen, indem ihr z.B. die notwendige medizinische Gesundheitsversorgung gewährleistet wird.⁴⁰⁷ Der EGMR beschreibt dies wie folgt:

«The Court observes that an issue may arise under Article 2 of the Convention where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual's life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally.»⁴⁰⁸

Die positive Verpflichtung, alle geeigneten Massnahmen zum Schutz des Lebens im Sinne von Art. 2 EMRK zu ergreifen, beinhaltet zudem die Schaffung von legislativen und administrativen Rahmenbedingungen, die eine wirksame Abschreckung gegen Bedrohungen des Rechts auf Leben gewährleisten. So müssen z.B. wirksame Ermittlungen gegen die Verantwortlichen durchgeführt werden. Zudem muss die Öffentlichkeit über potenzielle Gefahren für das Leben informiert werden, analog der EGMR-Praxis zu Art. 8 EMRK.⁴⁰⁹

betr. die Gefährdung des Lebens durch einen Erdbeben bei fehlendem innerstaatlichem Rechtsbehelf.

⁴⁰⁷ Urteil des EGMR *Mehmet Şentürk und Bekir Şentürk gegen die Türkei* vom 9.4.2013, Nr. 13423/09, Ziff. 88. In diesem Fall wurde Art. 2 EMRK verletzt, weil einer schwangeren Frau in mehreren Krankenhäusern eine Notfalloperation verweigert wurde, weil sie die Kosten dafür im Vorfeld nicht bezahlen konnte, und sie deswegen daraufhin verstarb, Ziff. 84–90. Zum selben Schluss kam der EGMR in dessen Urteil *Asiye Genç gegen die Türkei* vom 27.1.2015, Nr. 24109/07, nachdem ein neugeborenes Kind mit Atemproblemen gestorben war, weil es in mehreren öffentlichen Krankenhäusern wegen Platzmangels oder unzureichender Ausstattung der Neugeborenenabteilungen nicht aufgenommen wurde, Ziff. 77–87.

⁴⁰⁸ Urteil des EGMR *Zyprern gegen die Türkei* (Grosse Kammer) vom 10.5.2001, Nr. 25781/94. In diesem Fall wurde u.a. behauptet, dass Nordzypriotinnen und Nordzyprioten in Südzypern systematisch die notwendige Gesundheitsversorgung verweigert werde. Der EGMR konnte anhand der vorhandenen Beweise nicht feststellen, dass der betreffenden Bevölkerung absichtlich die medizinische Behandlung vorenthalten oder die Bearbeitung der Anträge von Patientinnen und Patienten auf medizinische Behandlung im Süden verzögert wurde. So wurde Art. 2 EMRK nicht verletzt, siehe Ziff. 219–222.

⁴⁰⁹ Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30.11.2004, Nr. 48939/99, Ziff. 89 f.; Urteil des EGMR *Oyal gegen die Türkei* vom 23.3.2010, Nr. 4864/05, Ziff. 58. Siehe betr. Art. 8 EMRK das Urteil des EGMR *Guerra et al. gegen Italien* vom 19.2.1998, Nr. 116/1996/735/932, Ziff. 60. Diese Grundsätze gelten auch für den Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens. So müssen Staaten nach Art. 2 EMRK Vorschriften erlassen, die die öffentlichen oder privaten Krankenhäuser verpflichten, geeignete Massnahmen zum Schutz des Lebens ihrer Patientinnen und Patienten zu ergreifen. Es muss zudem ein wirksames unabhängiges Rechtssystem geschaffen werden, damit die Todesursache von Patientinnen und Patienten, die sich in ärztlicher Obhut befinden, unabhängig davon, ob es sich um den öffentlichen oder privaten Sektor handelt, festgestellt werden kann und die Verantwort-

Im Zusammenhang mit gefährlichen Tätigkeiten überschneidet sich der Geltungsbereich der positiven Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK mit demjenigen nach Art. 8 EMRK.⁴¹⁰ Keine Kohärenz besteht jedoch in den Anforderungen des EGMR zur Kausalität zwischen dem Verhalten der Behörden und der Beeinträchtigung von Leben oder von Gesundheit.⁴¹¹

Der EGMR hat wiederholt Beschwerden von Personen, die an schweren Krankheiten leiden, nach Art. 2 EMRK geprüft. So z.B. im Urteil *G.N. et al. gegen Italien*, in dem die Beschwerdeführenden an der potenziell lebensbedrohlichen Krankheit Hepatitis C litten. Mit diesem Virus haben sie sich durch infizierte Bluttransfusionen angesteckt, die sie wegen ihrer Thalassämie (einer genetisch bedingten Blutkrankheit) benötigten. Diese Transfusionen erhielten sie in öffentlichen Gesundheitseinrichtungen. Von vier infizierten Personen war zum Beschwerdezeitpunkt noch eine am Leben.⁴¹² Weil das innerstaatliche

lichen zur Rechenschaft gezogen werden können, siehe Urteil des EGMR *Oyal gegen die Türkei* vom 23.3.2010, Nr. 4864/05, Ziff. 54.

⁴¹⁰ Urteil des EGMR *Öneryıldız gegen die Türkei* vom 30.11.2004, Nr. 48939/99, Ziff. 90; so verzichtet der EGMR z.T. auf die Prüfung einer Verletzung von Art. 8 EMRK, wenn er basierend auf die gleichen Fakten bereits eine Verletzung von Art. 2 EMRK festgestellt hat, Ziff. 160. Siehe auch das Urteil des EGMR *Budayeva et al. gegen Russland* vom 20.3.2008, Nr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02, Ziff. 201. Möglich ist auch eine gemeinsame Prüfung der Beschwerden nach beiden Artikeln, wie z.B. im Urteil des EGMR *Brincat et al. gegen Malta* vom 24.10.2014, Nr. 60908/11, Ziff. 85 und Ziff. 90.

⁴¹¹ Urteil des EGMR *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal* (Grosse Kammer) vom 19.12.2017, Nr. 56080/13, Ziff. 47 mit Verweis auf das Urteil des EGMR *L.C.B. gegen das Vereinigte Königreich* vom 9.6.1998, Nr. 14/1997/798/1001, wo es um eine an Leukämie erkrankte Beschwerdeführerin ging. Sie führte ihre Erkrankung darauf zurück, dass ihr Vater während seiner Stationierung als Soldat auf Christmas Island gefährlichen Strahlungen ausgesetzt war. Der EGMR lehnte eine Verletzung von Art. 2 EMRK aufgrund des fehlenden Kausalzusammenhangs zwischen den möglichen Strahlungen des Vaters und der Krankheit der Beschwerdeführerin ab, Ziff. 39. Im bereits erwähnten *Brincat*-Urteil, wo es um Asbest am Arbeitsplatz ging, wurde jedoch eine Verletzung von Art. 2 (und Art. 8) EMRK bejaht, obwohl gemäss den vorgelegten medizinischen Unterlagen kein direkter Zusammenhang zwischen dem Gesundheitszustand und der Arbeitstätigkeit am von Asbest betroffenen Ort vorlag, Ziff. 75. Dennoch sah es der EGMR auf der Grundlage seiner eigenen Beurteilung der verfügbaren wissenschaftlichen Beweise als erwiesen an, dass die maltesische Regierung zumindest seit Anfang der 70er Jahre von den Gefahren der Asbestexposition wusste oder hätte wissen müssen. Dennoch wurden in den Arbeitsräumen, in denen die Beschwerdeführenden Asbest ausgesetzt waren, nie Untersuchungen durchgeführt. Somit schloss der EGMR durch das vermeintliche staatliche Wissen über die Gefahr auf das Vorliegen der Kausalität, siehe Ziff. 103-106.

⁴¹² Urteil des EGMR *G.N. et al. gegen Italien* vom 1.12.2009, Nr. 43134/05, Ziff. 1-13.

Beschwerdeverfahren bei gewissen Personen über zehn Jahre andauerte, wurde Art. 2 EMRK in verfahrensrechtlicher Hinsicht verletzt.⁴¹³

Wird die Verletzung des Rechts auf Leben oder der persönlichen Integrität im Sinne einer Lebensgefahr nicht vorsätzlich herbeigeführt, so erfordert die positive Verpflichtung nach Art. 2 EMRK die Schaffung eines wirksamen Rechtssystems. Damit ist nicht unbedingt die Bereitstellung eines strafrechtlichen Rechtsbehelfs gemeint. In Fällen von ärztlicher Fahrlässigkeit kann die Verpflichtung beispielsweise auch erfüllt sein, wenn das Rechtssystem den Opfern ein zivilrechtliches Verfahren zur Verfügung stellt. Denkbar ist dabei eine Schadenersatzklage oder die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen. Schliesslich besteht die Pflicht des Staates, dass die innerstaatlichen Verfahren zügig und ohne unnötige Verzögerung durchgeführt werden.⁴¹⁴

Nach Art. 2 EMRK sind die Vertragsstaaten schliesslich dazu verpflichtet, das Leben von Personen in Haft sowie von Wehrpflichtigen zu schützen. Daraus ergibt sich die Pflicht, ihnen die zum Schutz ihres Lebens erforderliche medizinische Versorgung zukommen zu lassen.⁴¹⁵

⁴¹³ Ibid., G.N. et al. gegen Italien, Ziff. 97-102. Es lag jedoch keine Verletzung von Art. 2 EMRK in materieller Hinsicht vor, da nicht nachgewiesen werden konnte, ab welchem Zeitpunkt das Gesundheitsministerium das Risiko der Übertragung von HIV kannte. Somit konnte der EGMR nicht zum Schluss kommen, dass die italienischen Behörden ihre positive Pflicht zum Schutz des Lebens verletzt hätten, vgl. Ziff. 92-95. Eine Verletzung von Art. 8 EMRK wurde vor den innerstaatlichen Gerichten nicht gerügt, weshalb die Beschwerde vor dem EGMR diesbezüglich nicht zulässig war. Der EGMR stellte dennoch fest, dass in diesem Fall keine Verletzung der Rechte nach Art. 8 EMRK vorzuliegen scheine, siehe Ziff. 107 f.

⁴¹⁴ Urteil des EGMR *Oyal gegen die Türkei* vom 23.3.2010, Nr. 4864/05, Ziff. 66 und Ziff. 74. In diesem Fall hat sich der Beschwerdeführer nach einer Transfusion mit Blut, das sein Vater beim türkischen Roten Kreuz erworben hatte, mit HIV infiziert. Sowohl das türkische Zivil- als auch das Verwaltungsgericht kamen zum Schluss, dass das Rote Kreuz für die Lieferung von HIV-infiziertem Blut verantwortlich war und dass auch das Gesundheitsministerium aufgrund der Nachlässigkeit seiner Angestellten verantwortlich war. Der Beschwerdeführer erhielt daraufhin Schadenersatz, der jedoch nur für medizinische Versorgung für ein Jahr ausreichte. Der EGMR kam zum Schluss, dass die beklagten Parteien zur Ausrichtung von Schadenersatz und zusätzlich zur Übernahme der Behandlungs- und Medikamentenkosten während des gesamten Lebens des Beschwerdeführers hätten verurteilt werden müssen. In diesem Sinne war das innerstaatliche Rechtsmittel ungenügend, siehe Ziff. 69-72. Zudem dauerte das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht neun Jahre lang an, wodurch Art. 2 EMRK ebenfalls verletzt wurde, Ziff. 74 f.

⁴¹⁵ Urteil des EGMR *Plokhov gegen Russland* vom 22.12.2020, Nr. 45024/07, Ziff. 78. In diesem Fall ging es um einen wehrpflichtigen Mann, der während des Militärdienstes an Gastritis erkrankte, vorher aber gesund war. Als er in die medizinische Abteilung transferiert wurde, vergingen acht Tage, bis die notwendigen medizinischen Tests durchgeführt wurden. Nach den Untersuchungen verlor er das Bewusstsein und verstarb kurz darauf. Der

c) Verletzung von Art. 3 EMRK

Art. 3 EMRK enthält das Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung. Die Vertragsstaaten dürfen somit keine Behandlungen vornehmen, die die körperliche Gesundheit einer Person schädigen, z.B. durch Schläge oder andere Formen der Gewalt.⁴¹⁶ Zudem müssen Staaten Handlungen unterlassen, die zu geistigen oder psychischen Schäden führen können, wie das vorsätzliche Zufügen von Angst, Qualen oder anderen Formen psychischen Leidens während einer Vernehmung.⁴¹⁷ Insbesondere bezüglich der Behandlung von gefangenen Personen hielt der EGMR Folgendes fest:

«(...) under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance.»⁴¹⁸

Die Staaten müssen somit sicherstellen, dass die Gesundheit und das Wohlergehen von Personen, für die sie eine besondere Verantwortung tragen, wie z.B. Gefangene, angemessen gewährleistet sind. So ist ihnen unter anderem

EGMR kam zum Schluss, dass die russischen Behörden Art. 2 EMRK verletzt hatten, indem sie ihm keine rechtzeitige und angemessene medizinische Behandlung gewährleistet haben, Ziff. 79-87. Des Weiteren wurde auch keine strafrechtliche Untersuchung durchgeführt, was Art. 2 EMRK ebenfalls verletzte, Ziff. 88-93.

⁴¹⁶ Urteil des EGMR *Kaçiu und Kotorri gegen Albanien* vom 25.6.2013, Nr. 33192/07 und Nr. 33194/07, betr. ein Beschwerdeführer, der in Haft so heftig geschlagen wurde, dass er zu seiner ersten Einvernahme von Polizisten getragen werden musste. Der EGMR kam zum Schluss, dass die Schläge geeignet waren, in ihm Gefühle der Angst und Furcht zu erwecken und ihn somit zu demütigen und zu erniedrigen und seinen physischen oder moralischen Widerstand zu brechen, um ihm ein Geständnis zu entlocken. Darin lag die Verletzung von Art. 3 EMRK, Ziff. 94-100.

⁴¹⁷ Siehe z.B. das Urteil des EGMR *Gäfigen gegen Deutschland* (Grosse Kammer) vom 1.6.2010, Nr. 22978/05, wo der EGMR der Auffassung war, dass die realen und unmittelbaren Drohungen mit vorsätzlichen und unmittelbar bevorstehenden Misshandlungen, denen der Beschwerdeführer während seiner Vernehmung ausgesetzt war, als Ursache erheblicher Ängste und psychischer Leiden anzusehen sind, Ziff. 103.

⁴¹⁸ Urteil des EGMR *Kudła gegen Polen* vom 26.10.2000, Nr. 30210/96. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass er während der Haft die notwendige psychologische Betreuung nicht erhalten habe. Durch verschiedene medizinische Berichte wurde jedoch das Gegenteil nachgewiesen, sodass der EGMR zum Schluss kam, dass Art. 3 EMRK nicht verletzt wurde, Ziff. 94-100.

die erforderliche medizinische Hilfe zur Verfügung zu stellen. Die Behörden müssen auch garantieren, dass die Diagnosen und die Behandlung von Krankheiten zeitnah durchgeführt werden und exakt sind. Des Weiteren müssen die Gefangenen falls nötig regelmässig und systematisch medizinisch überwacht werden. Diese Überwachung muss eine umfassende therapeutische Strategie beinhalten, die darauf abzielt, die Krankheiten des bzw. der Gefangenen zu heilen oder ihre Verschlimmerung zu verhindern.⁴¹⁹

In einem Fall stellte der EGMR z.B. fest, dass eine Verzögerung bei der korrekten Diagnose der Tuberkulose eines Häftlings eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK darstellte.⁴²⁰ Ein weiteres Beispiel betrifft den Fall eines querschnittsgelähmten Häftlings, der an diversen Krankheiten litt.⁴²¹ Die Behörden hatten ihm den Zugang zu medizinischen Expertinnen und Experten seiner Wahl verweigert. Zudem versäumten sie es, eine von Expertinnen und Experten durchgeführte medizinische Untersuchung zu organisieren, obwohl eine entsprechende einstweilige Verfügung erlassen worden war.⁴²² Darüber hinaus konnten die Behörden nicht nachweisen, dass der Beschwerdeführer eine wirksame medizinische Behandlung für seine Krankheiten erhalten hatte. Daher wurde nach Ansicht des EGMR Art. 3 EMRK verletzt.⁴²³ Gleichzeitig forderte der EGMR die nationalen Behörden gemäss Art. 46 EMRK dazu auf, den Beschwerdeführer in eine spezialisierte medizinische Einrichtung einzuweisen, in der er eine angemessene medizinische Behandlung erhalten würde. Zudem sei seine Situation regelmässig zu überprüfen, auch mit Hilfe unabhängiger medizinischer Experten.⁴²⁴

⁴¹⁹ Urteil des EGMR *Pitalev gegen Russland* vom 30.7.2009, Nr. 34393/03, Ziff. 54.

⁴²⁰ Urteil des EGMR *Vasyukov gegen Russland* vom 5.4.2011, Nr. 2974/05, Ziff. 68-76. Auch im Urteil des EGMR *Hummatov gegen Aserbaidshan* vom 29.11.2007, Nr. 9852/03 und 13413/04 ging es um einen Beschwerdeführer, der erst im Gefängnis an Tuberkulose erkrankt war. Der EGMR stellte fest, dass das Fehlen einer angemessenen medizinischen Versorgung bei schwerwiegenden Gesundheitsproblemen, die nicht bereits vor der Inhaftierung bestanden haben, eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen könne, Ziff. 108 f. Das Fehlen einer angemessenen medizinischen Behandlung im Gefängnis habe beim Beschwerdeführer erhebliches, seine Menschenwürde beeinträchtigendes psychisches Leid verursacht, was einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK gleichkomme, Ziff. 121.

⁴²¹ Urteil des EGMR *Amirov gegen Russland* vom 27.11.2014, Nr. 51857/13, Ziff. 87.

⁴²² *Ibid.*, *Amirov gegen Russland*, Ziff. 74 f.

⁴²³ *Ibid.*, *Amirov gegen Russland*, Ziff. 89-94.

⁴²⁴ *Ibid.*, *Amirov gegen Russland*, Ziff. 117 f.

d) *Fazit zur EGMR-Praxis betreffend Verletzungen von Aspekten des Rechts auf Gesundheit*

Die EMRK kennt kein explizites Recht auf Gesundheit. Der EGMR überprüft die Verletzung von Aspekten dieses Rechts über Art. 2, Art. 3 und vor allem über Art. 8 EMRK.

Die meisten Teilbereiche des Rechts auf Gesundheit werden vom EGMR nach dem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK überprüft. Gemäss Rechtsprechung des EGMR umfasst Art. 8 EMRK die körperliche und mentale Unversehrtheit einer Person. So fallen jegliche medizinische Eingriffe in den Anwendungsbereich dieses Artikels. Nach Art. 8 EMRK haben die Vertragsstaaten zum einen die positive Verpflichtung, Vorschriften zu erlassen, die sowohl öffentliche als auch private Krankenhäuser verpflichten, geeignete Massnahmen zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit ihrer Patientinnen und Patienten zu ergreifen. Zum anderen muss den Opfern fahrlässig begangener medizinischer Behandlungsfehler Zugang zu Verfahren gewährleistet werden, in denen sie gegebenenfalls Schadensersatz erhalten können. Die betreffenden Personen müssen rechtzeitig und vollumfänglich über die potenziellen Auswirkungen auf die Gesundheit einer staatlichen oder staatlich kontrollierten Massnahme sowie generell über jegliche medizinischen Eingriffe informiert werden. Denn nach Art. 8 EMRK besteht das Recht, über die Durchführung einer medizinischen Behandlung frei entscheiden zu können. Dies beinhaltet einerseits die Notwendigkeit der Zustimmung zur Durchführung von medizinischen Eingriffen und andererseits das Recht, sich dagegen zu entscheiden.

Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK erfasst auch die Geschlechtsidentität. So werden in den meisten Staaten entsprechende Behandlungen, einschliesslich irreversibler geschlechtsangleichender Operationen, angeboten. Des Weiteren dürfen keine medizinischen Daten ohne die Zustimmung der betreffenden Person an Drittpersonen weitergegeben werden. Im Falle von Behandlungsfehlern, die zu einer dauerhaften Behinderung führen, ist Art. 8 EMRK verletzt, wenn im betreffenden Vertragsstaat keine angemessenen Rechtsbehelfe dagegen bestehen. Ferner haben Staaten nach Art. 8 EMRK die Pflicht, Personen nötigenfalls bei ihren medizinischen Behandlungen und in der Gesundheitsfürsorge zu unterstützen, beispielsweise in finanzieller Hinsicht oder durch die Bereitstellung einer persönlichen Assistenz.

Schliesslich ist Art. 8 EMRK in Umweltfällen und bei Schadstoffauswirkungen anwendbar. Es existiert zwar kein explizites Recht auf eine saubere und ge-

sunde Umwelt. Wenn eine Person Lärmbelästigung oder Umweltverschmutzung ausgesetzt ist, fällt dies jedoch in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK. Die Auswirkungen auf die Gesundheit müssen dabei ein gewisses Mindestmass an Intensität erreichen, was von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Zu berücksichtigen sind etwa die Dauer der Störung und deren psychische und physische Auswirkung auf betreffende Personen sowie die Dauer des Untätigbleibens des Staates. So haben die Vertragsstaaten nach Art. 8 EMRK die Pflicht, Personen vor einer Verletzung des Rechts auf Privatleben durch Umweltschäden zu schützen. Dafür müssen entsprechende Massnahmen ergriffen werden, z.B. der Erlass von Gesetzen zum Schutz vor Auswirkungen von Umweltschäden oder Schadstoffen.

Wird einer Person die Gesundheitsversorgung verweigert und wird dadurch ihr Leben gefährdet, so kommt der Fall in den Anwendungsbereich des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK. Der EGMR behandelt auch Beschwerden von Personen, die an schweren Krankheiten leiden, oftmals über diesen Artikel. Denn Art. 2 EMRK beinhaltet die Pflicht, dass Staaten das Leben einer Person schützen müssen, indem ihr z.B. die notwendige medizinische Versorgung gewährleistet wird. Wird diese Pflicht verletzt, müssen wirksame Ermittlungen gegen die Verantwortlichen durchgeführt werden. Wenn die entsprechenden Beschwerdeverfahren übermässig lange andauern, liegt darin eine Verletzung von Art. 2 EMRK. Nach diesem Artikel haben die Vertragsstaaten schliesslich die Pflicht, inhaftierten Personen die zum Schutz ihres Lebens erforderliche medizinische Versorgung zukommen zu lassen. Bei Verweigerung von medizinischer Versorgung an inhaftierte Personen kann sodann auch Art. 3 EMRK angerufen werden. Erfolgt z.B. die Diagnose und Behandlung einer Krankheit nicht innert angemessener Frist oder bleibt sie ganz aus, kann dies eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung der betreffenden inhaftierten Person darstellen.

2. Praxis der UNO-Menschenrechtsorgane

Für jeden UNO-Menschenrechtsvertrag wird ein Vertragsorgan eingesetzt, um die Umsetzung der jeweiligen Vertragsbestimmungen zu überwachen. Dabei handelt es sich um gerichtsähnliche Streitbeilegungsinstanzen, die als Ausschuss bzw. Komitee bezeichnet werden. Diese Ausschüsse setzen sich in der Regel aus zehn bis zwanzig unabhängigen Expertinnen und Experten zusammen.⁴²⁵ Die Entscheide dieser Vertragsorgane sind zwar nicht bindend, sie

⁴²⁵ KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, S. 331 f.; Ó CATHAOIR, S. 95 f.

können aber erheblichen rechtlichen und politischen Einfluss auf die Vertragsstaaten haben.⁴²⁶

Nachfolgend wird zuerst die Praxis betreffend Verletzungen des Rechts auf Gesundheit des Ausschusses für WSK-Rechte aufgezeigt, der dieses Menschenrecht in erster Linie überwacht.⁴²⁷ Danach wird die entsprechende Praxis dreier Menschenrechtsorgane – des Kinder-, Behinderten- und Frauenrechtsausschusses – aufgezeigt, die in ihren jeweiligen Verträgen explizit ein Recht auf Gesundheit garantieren. Dabei wird zuerst der einschlägige Artikel des jeweiligen Menschenrechtsvertrags aufgeführt, bevor die entsprechenden Fälle dazu erläutert werden.⁴²⁸

Da der UNO-Pakt II kein eigenständiges Recht auf Gesundheit beinhaltet, wird vorliegend die Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses nicht aufgezeigt. Dieser behandelt gesundheitsrechtliche Fälle regelmässig über das Verbot von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe nach Art. 7 UNO-Pakt II. Dieser Artikel wurde z.B. in einem Fall verletzt, in dem einer Minderjährigen ein Schwangerschaftsabbruch verweigert worden war trotz fötaler Anomalie und obwohl die Schwangerschaft ein Risiko für ihr Leben darstellte. Dies führte zu geistigem und emotionalem Leid bei der Beschwerdeführerin.⁴²⁹ In einem ähnlich gelagerten Fall stellte der Menschenrechtsausschuss ebenfalls fest, dass die Kriminalisierung von

⁴²⁶ Ó CATHAOIR, S. 97. Auf S. 106 kommt sie zum Schluss, dass UNO-Menschenrechtsausschüsse sich in erster Linie auf ihre Überzeugungskraft verlassen müssen, um die Staaten zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen zu bewegen, da sie nicht befugt sind, Sanktionen gegen Staaten zu verhängen. Diese Fähigkeit werde erheblich gestärkt, wenn sie durch externen Druck von nationalen und regionalen Gerichten, nationalen Menschenrechtsgerichten, der Zivilgesellschaft und anderen UNO-Mechanismen, ergänzt werde.

⁴²⁷ Ó CATHAOIR, S. 91.

⁴²⁸ Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104, mit Möglichkeit zur Individualbeschwerde in Art. 14) enthält in Art. 5 lit. e (iv) das Recht auf öffentliche Gesundheitsvorsorge, ärztliche Betreuung, soziale Sicherheit und soziale Dienstleistungen. Bis anhin wurde dieser Artikel in drei Fällen materiell überprüft, jedoch nie als verletzt angesehen, siehe Entscheid des CERD D.R. *gegen Australien* vom 14.8.2009, Mitteilung Nr. 42/2008, Entscheid D.F. *gegen Australien* vom 22.2.2008, Mitteilung Nr. 39/2006 sowie Entscheid U.I. und G.I. *gegen die Schweiz* vom 26.4.2024, Mitteilung Nr. 74/2021. Der Ausschuss hielt in Ziff. 7.9 dazu fest: «The Committee recalls that it is up to the petitioners to present an arguable case – that is, submit substantiated arguments showing that the risk of their right to security and physical safety being seriously violated because of their ethnic or racial origin is foreseeable, personal, present and real.» Der Ausschuss kam zum Schluss, dass die ihm vorliegenden Tatsachen keinen Verstoß gegen irgendeine Bestimmung des Übereinkommens erkennen lassen, Ziff. 8.

⁴²⁹ Entscheid des CCPR Karen Noelia Llantoy Huamán *gegen Peru* vom 24.10.2005, Mitteilung Nr. 1153/2003, Ziff. 2.2 ff. und Ziff. 6.3.

Schwangerschaftsabbrüchen in Fällen tödlicher fötaler Anomalien bei den betroffenen Frauen schweres körperliches und seelisches Leid verursachen könne. In Verbindung mit dem Mangel an verfügbaren Informationen und der Notwendigkeit, in ein anderes Land zu reisen, um eine Abtreibung vornehmen zu lassen, werde Art. 7 UNO-Pakt II verletzt.⁴³⁰ Zudem beinhaltet das Recht auf Leben nach Art. 6 UNO-Pakt II viele gesundheitsrechtliche Aspekte gemäss Menschenrechtsausschuss.⁴³¹

A. Praxis des WSK-Ausschusses

Wie bereits erwähnt, ist in Art. 12 UNO-Pakt I das Recht eines jeden Menschen auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit enthalten.⁴³² Das Zusatzprotokoll zum UNO-Pakt I ist am 5. Mai 2013 in Kraft getreten. Die Schweiz hat es jedoch nicht ratifiziert. Art. 1 dieses Zusatzprotokolls sieht die Möglichkeit eines Individualbeschwerderechts vor. Bisher stellte der Ausschuss für WSK-Rechte bloss in einer Beschwerde eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I fest.⁴³³ In diesem Fall haben die Beschwerdeführenden In-vitro-Fertilisationen durchführen lassen. Durch eine Präimplantationsdiagnostik stellte sich heraus, dass nur einer von sechs Embryonen keinen Gendefekt aufwies. Allerdings war dieser Embryo nur von «durchschnittlicher Qualität», weshalb die Chance des Einnistens in die Gebärmutter niedrig war. Daher wollte die Beschwerdeführerin ihn nicht einpflanzen lassen. Die Klinik stellte sich auf den Standpunkt, dass nach italienischem Recht die Einwilligung nach der Befruchtung der Eizelle nicht mehr widerrufen werden könne. Der Embryo wurde in der Folge – gegen den Willen der Beschwerdeführerin – eingepflanzt und sie erlitt schliesslich eine Fehlgeburt.⁴³⁴ Der UNO-Ausschuss für WSK-Rechte stellte eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit fest, denn dieses setze freie und informierte Entscheidungen über jegliche medizinische Eingriffe voraus. Daher verletzen Gesetze und Massnahmen, die unfreiwillige oder erzwungene medizinische Eingriffe vorschreiben, die Unterlassungspflicht des Staates. Indem die Beschwerde-

⁴³⁰ Entscheid des CCPR *Amanda Jane Mellet gegen Irland* vom 31.3.2016, Mitteilung Nr. 2324/2013, Ziff. 7.3–7.6.

⁴³¹ CCPR, GC Nr. 36, Ziff. 8, 25, 26 und 54.

⁴³² Siehe [Kapitel 2 unter II. 1.](#)

⁴³³ Siehe die Liste der CESCR-Praxis auf der OHCHR Jurisprudence Database, abrufbar unter: <https://juris.ohchr.org/AdvancedSearch> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁴³⁴ Entscheid des CESCR *S.C. und G.P. gegen Italien* vom 28.3.2019, Mitteilung Nr. 22/2017, Ziff. 2.5.

führerin gezwungen wurde, sich den Embryo in die Gebärmutter einsetzen zu lassen, sei u.a. dieser Aspekt des Rechts auf Gesundheit verletzt worden.⁴³⁵

SAUL, KINLEY und MOWBRAY zeigen in ihrem Kommentar zum UNO-Pakt I Entscheide auf, die basierend auf dem Recht auf Gesundheit von verschiedenen Gerichten und Tribunalen auf nationaler und internationaler Ebene erlassen worden sind. Nach ihrer Ansicht werden diese Fälle dem UNO-Ausschuss für WSK-Rechte als Leitfaden für dessen Praxis dienen.⁴³⁶ Das Zusatzprotokoll zum UNO-Pakt I wurde bisher bloss von 28 Staaten ratifiziert.⁴³⁷ Somit haben Beschwerdeführende in vielen Staaten keinen Zugang zu Rechtsmitteln auf internationaler Ebene. Vielmehr müssen sie sich auf die periodischen Staatenberichte der Menschenrechtsorgane verlassen.⁴³⁸ Dennoch brachte das Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zum UNO-Pakt I eine symbolische Veränderung mit sich: Dadurch wurde nicht nur die Justiziabilität von WSK-Rechten auf der internationalen Bühne expliziter anerkannt, sondern es wurde auch betont, dass diese Rechte ebenso ernst zu nehmen sind wie bürgerliche und politische Rechte. Es führte zudem dazu, dass ein spezialisiertes Gremium spezifische Grundsätze wie das Prinzip des Maximums der vorhandenen Ressourcen sowie der progressiven Realisierung, auf WSK-Fälle anwenden kann.⁴³⁹

B. Praxis des Kinderrechtsausschusses

In Art. 24 Abs. 1 KRK anerkennen die Vertragsstaaten das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit. Die Staaten bemühen sich, sicherzustellen, dass keinem Kind das Recht auf Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen vorenthalten wird. In Abs. 2 sind Massnahmen enthalten, die die Vertragsstaaten zur Sicherstellung der vollen Verwirklichung dieses Rechts treffen können. Das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes ist am 14. April 2014 in Kraft getreten. Art. 5 dieses Fakultativprotokolls ermöglicht die Einreichung von Mitteilungen von Einzelpersonen an den UNO-Kinderrechtsausschuss. Für die Schweiz trat das Fakultativprotokoll am 24. Juli 2017 in Kraft.⁴⁴⁰

⁴³⁵ Ibid., S.C. und G.P. gegen Italien, Ziff. 10.1.

⁴³⁶ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 1059 ff.

⁴³⁷ United Nations Treaty Collection, abrufbar unter: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4 (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁴³⁸ IKAWA, S. 17.

⁴³⁹ IKAWA, S. 16. Vgl. dazu auch KRAJEWSKI, Ziff. 12 N. 112 sowie SSENYONJO, N. 1.77.

⁴⁴⁰ Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19.12.2011 (SR 0.107.3).

Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit nach Art. 24 KRK wurde mehrmals vor dem Kinderrechtsausschuss gerügt. In ein paar Fällen wurden diese Rügen als unzulässig erachtet⁴⁴¹ und in drei Fällen wurde eine Verletzung von Art. 24 KRK festgestellt.

In einer Mitteilung gegen Spanien⁴⁴² ging es um einen unbegleiteten Minderjährigen aus Kamerun. Dieser kam am 23. April 2016 in Spanien an und wurde sodann in einem Zentrum für erwachsene Personen untergebracht. Die spanischen Behörden glaubten ihm nicht, dass er minderjährig war. Dies, obwohl er mit seiner Originalgeburtsurkunde, gemäss welcher er am 1. Dezember 2000 geboren wurde, bei der entsprechenden Botschaft in Madrid eine Bescheinigung für die konsularische Registrierung erhielt.⁴⁴³ Im März 2017 erhielt er seinen Pass,⁴⁴⁴ wobei die spanischen Behörden ihn noch immer als erwachsene Person betrachteten. Er machte vor dem UNO-Kinderrechtsausschuss u.a. eine Verletzung von Art. 24 KRK geltend. Es wurden Krankheiten bei ihm diagnostiziert, die eine sorgfältige und kontinuierliche medizinische Betreuung erforderten. Eine solche Betreuung erhielt er jedoch nicht. Zudem erhielt er mehrere erforderliche Impfungen nicht, weil dafür die Zustimmung einer gesetzlichen Vertretung erforderlich gewesen wäre.⁴⁴⁵ Der Kinderrechtsausschuss hielt in diesem Zusammenhang fest:

«The Committee further notes the author's claims, unrefuted by the State party, regarding the State's failure to provide protection in response to his situation as an unprotected, highly vulnerable unaccompanied child migrant who was ill, as well as the contradiction inherent in declaring the author to be an adult while at the same time requiring him to have a guardian in order to receive medical treatment and vaccinations. The Committee observes that this lack of protection occurred even after the author submitted identity documents to the Spanish

⁴⁴¹ Der Entscheid des CRC M.K.A.H. *gegen die Schweiz* vom 22.9.2021, Mitteilung Nr. 95/2019 betraf die Wegweisung eines Kindes und dessen Mutter nach Bulgarien. Gemäss Kinderrechtsausschuss sind die Ansprüche nach Art. 24 KRK unzulässig, weil die Beschwerdeführerin diese nicht bereits im Asylverfahren geltend machte und diese fehlende Geltendmachung anschliessend nicht begründete, vgl. Ziff. 9.4. Der Entscheid des CRC V.A. *gegen die Schweiz* vom 28.9.2020, Mitteilung Nr. 56/2018, betraf die Wegweisung von zwei Kindern und deren Mutter nach Italien. Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass ihre Söhne die notwendige psychologische Betreuung in Italien nicht erhalten würden. Diese Rüge war aufgrund der fehlenden Beweise unzulässig, vgl. Ziff. 6.6.

⁴⁴² Entscheid des CRC J.A.B. *gegen Spanien* vom 31.5.2019, Mitteilung Nr. 22/2017.

⁴⁴³ Ibid., J.A.B. *gegen Spanien*, Ziff. 2.1-2.4.

⁴⁴⁴ Ibid., J.A.B. *gegen Spanien*, Ziff. 2.13.

⁴⁴⁵ Ibid., J.A.B. *gegen Spanien*, Ziff. 3.10.

authorities proving he was a child. It is of the view that the foregoing constitutes a violation of articles 20 (1) and 24 of the Convention.»⁴⁴⁶

Der Ausschuss nahm also die Behauptungen des Beschwerdeführers zur Kenntnis, wonach der Staat es versäumt hatte, ihm als ungeschütztem, sehr vulnerablen, unbegleiteten, kranken Kind Schutz zu gewähren. Es sei zudem widersprüchlich, ihn als erwachsene Person zu registrieren, obwohl er gleichzeitig für medizinische Behandlung und Impfungen einen Vormund benötige. Der Ausschuss stellte weiter fest, dass dieser Mangel an Schutz selbst dann noch bestand, als der Beschwerdeführer den spanischen Behörden Ausweispapiere vorlegte, die ihn als Kind auswiesen. Dadurch wurde Art. 24 KRK verletzt.

Wie aufgezeigt wurde, muss Art. 24 KRK auch bei der Wegweisung von Kindern aus dem Staatsgebiet eines Vertragsstaats mitberücksichtigt werden.⁴⁴⁷ Als Beispiel dafür dient der Entscheid des Kinderrechtsausschusses, der eine Mitteilung gegen die Schweiz betraf.⁴⁴⁸ Dabei ging es um die Wegweisung einer russischen Familie nach ihrem abgelehnten Asylgesuch. Die Tochter der Familie war von Geburt an gehörlos und benötigte daher ein Cochlea-Implantat. Die Familie rügte, dass die Schweizer Behörden sie in die Russische Föderation zurückschicken würden, obwohl sie wussten, dass die Tochter dort kein Hörimplantat erhalten würde. Zudem sei nicht überprüft worden, ob sie in Russland die Gebärdensprache erlernen könnte.⁴⁴⁹ Der Kinderrechtsausschuss betonte, dass Staaten ein Kind nicht in ein Land wegweisen dürfen, wenn es stichhaltige Gründe für die Annahme gibt, dass dem Kind dort tatsächlich ein irreparabler Schaden droht. Das übergeordnete Kindesinteresse sei dabei vorrangig zu berücksichtigen und es müsse garantiert sein, dass das Kind sicher sei, angemessen betreut werde und seine Rechte wahrnehmen könne.⁴⁵⁰ Der Ausschuss stellte fest, dass nach den vorliegenden Informationen Cochlea-Implantate nur in den ersten Lebensjahren eines Kindes eingesetzt werden können. Eine nicht rechtzeitige Versorgung mit einem solchen Implantat könne der Gesundheit und Entwicklung des Kindes erheblichen Schaden zufügen. Trotz bestätigter medizinischer Dringlichkeit hätten die Schweizer Behörden nicht abgeklärt, ob diese Implantation innert kurzer Frist in Russland hätte vorgenommen werden können. Der Ausschuss erinnerte in seinem Entscheid

⁴⁴⁶ Ibid., J.A.B. gegen Spanien, Ziff. 13.11.

⁴⁴⁷ Siehe [Kapitel 1 unter II. 2. B.](#)

⁴⁴⁸ Entscheid des CRC Z.S. und A.S. gegen die Schweiz vom 10.2.2022, Mitteilung Nr. 74/2019.

⁴⁴⁹ Ibid., Z.S. und A.S. gegen die Schweiz, Ziff. 3.3.

⁴⁵⁰ Ibid., Z.S. und A.S. gegen die Schweiz, Ziff. 7.3.

darán, dass insbesondere bei Kindern mit einer Behinderung abzuklären sei, dass die für sie notwendigen zusätzlichen Unterstützungsmöglichkeiten im Heimatland bestehen. Im vorliegenden Fall kam der Ausschuss zum Schluss, dass die Schweizer Behörden diesbezüglich nicht alle erforderlichen Massnahmen ergriffen hätten. Somit hat die Schweiz Art. 24 i.V.m. Art. 3 und Art. 6 Abs. 2 KRK verletzt.⁴⁵¹

Die dritte Mitteilung wurde von Camila an den Kinderrechtsausschuss eingereicht, deren Vater sie im Alter von dreizehn Jahren vergewaltigte, woraufhin sie schwanger wurde.⁴⁵² Sie hätte Anspruch auf einen therapeutischen Schwangerschaftsabbruch gehabt, doch niemand informierte sie über ihre gesetzlichen Rechte. Sie stellte mehrere Anträge auf einen Schwangerschaftsabbruch, welche jedoch von den Gesundheitseinrichtungen, bei denen sie medizinische Hilfe suchte, entweder abgelehnt oder ignoriert wurden.⁴⁵³ Nachdem sie sodann eine Fehlgeburt hatte, verfolgten die Gesundheits- und Strafverfolgungsbehörden ihren Fall weiterhin und suchten sie zu Hause auf. Die häufigen Polizeibesuche führten in der Gemeinschaft zu negativem Gerede über ihre Situation. Auch ihre Familie behandelte sie aufgrund der Vergewaltigung schlecht. Die Gesamtheit dieser Erfahrungen beeinträchtigte ihre psychische und physische Gesundheit sowie ihr Wohlbefinden, ohne dass die Regierung Unterstützung oder Intervention bereitstellte.⁴⁵⁴ Der Kinderrechtsausschuss kam zu dem Schluss, dass ihr fehlender Zugang zu einer sicheren Abtreibung sie einem realen und vorhersehbaren Risiko für ihr Leben, ihre Entwicklung und ihre Gesundheit aussetzte, wodurch ihr Recht auf Gesundheit gemäss Art. 24 KRK verletzt wurde. Zudem verletzte auch das Fehlen angemessener psychologischer Betreuung sowie die fehlende Zugänglichkeit von spezialisiertem medizinischem Personal und entsprechender Ausrüstung Camilas Recht auf Gesundheit nach Art. 24 KRK.⁴⁵⁵

C. Praxis des Behindertenrechtsausschusses

Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) enthält in Art. 25 das Recht auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Das Fakultativprotokoll zu diesem Übereinkommen, welches die individuelle Beschwerdemöglichkeit

⁴⁵¹ Ibid., Z.S. und A.S. gegen die Schweiz, Ziff. 7.6.

⁴⁵² Entscheid des CRC *Camila gegen Peru* vom 15.5.2023, Mitteilung Nr. 136/2021, Ziff. 2.2.

⁴⁵³ Ibid., *Camila gegen Peru*, Ziff. 2.5-2.10.

⁴⁵⁴ Ibid., *Camila gegen Peru*, Ziff. 2.13 f.

⁴⁵⁵ Ibid., *Camila gegen Peru*, Ziff 8.7 und Ziff. 8.10.

vorsieht, hat die Schweiz nicht unterzeichnet. Dieses Fakultativprotokoll ist am 3. Mai 2008 in Kraft getreten. Nachfolgend werden einige Fälle aufgezeigt, in denen eine Verletzung von Art. 25 BRK vom Behindertenrechtsausschuss festgestellt wurde.⁴⁵⁶

Im ersten Fall wurde die Mitteilung an den Behindertenrechtsausschuss von einer Frau eingereicht, die am Ehlers-Danlos-Syndrom, einer Bindegewebserkrankung, litt. Dies hat zu einer zweijährigen Bettlägerigkeit bei ihr geführt.⁴⁵⁷ Die einzig mögliche Rehabilitationsart, die das Fortschreiten der Beeinträchtigung hätte aufhalten können, wäre die Wassertherapie gewesen. Diese wäre für die Beschwerdeführerin nur in einem Hallenbad in ihrem Haus durchführbar gewesen, da sie ihr Haus nicht mehr verlassen konnte.⁴⁵⁸ Die entsprechende Baugenehmigung wurde ihr aber nicht erteilt. Der Grund lag darin, dass die Genehmigung gegen die Bestimmungen des Detailplanes verstossen hätte, gemäss welchem auf diesem Land nicht gebaut werden dürfe. Daher gelangte sie an den Behindertenrechtsausschuss.⁴⁵⁹ Dieser hielt im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 25 BRK fest:

«In this regard, the Committee notes that the State party, when rejecting the author's application for a building permit, did not address the specific circumstances of her case and her particular disability-related needs. The Committee therefore considers that the decisions of the domestic authorities to refuse a departure from the development plan in order to allow the building of the hydrotherapy pool were disproportionate and produced a discriminatory effect that

⁴⁵⁶ Im Entscheid *Mikkelsen gegen Dänemark* vom 25.8.2023, Mitteilung Nr. 61/2019 wurde eine Verletzung des Rechts auf Achtung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit gemäss Art. 17 i.V.m. Art. 25 BRK festgestellt, da dem Beschwerdeführer ein Medikament zwangsweise verabreicht wurde, das ihm solche Schmerzen zufügte, dass er suizidal wurde, siehe Ziff. 9.4. Im Entscheid *X. gegen Argentinien* vom 11.4.2014, Mitteilung Nr. 8/2012 wurde die Verletzung von Art. 25 BRK aufgrund ungenügender Beweise verneint, Ziff. 8.10. Zum selben Schluss kam der Ausschuss im Entscheid *Christopher Leo gegen Australien* vom 30.8.2019, Mitteilung Nr. 17/2013, Ziff. 8.12 sowie im Entscheid *Manuway (Kerry) Doolan gegen Australien* vom 30.8.2019, Mitteilung Nr. 17/2013, Ziff. 8.12. Im Entscheid *Simon Bacher gegen Österreich* vom 16.2.2018, Mitteilung Nr. 26/2014, wurde die Rüge der Verletzung von Art. 25 BRK als unzulässig erachtet, weil sie vor den innerstaatlichen Behörden und Gerichten nicht geltend gemacht wurde, Ziff. 8.10. Schliesslich wurde die Verletzung von Art. 25 BRK auch im Entscheid *Maria Simona Bellini gegen Italien* vom 26.8.2022, Mitteilung Nr. 51/2018, gemäss Art. 2 lit. e des Zusatzprotokolls für unzulässig erklärt, da diese Rügen nicht hinreichend begründet waren, Ziff. 6.10.

⁴⁵⁷ Entscheid des CRPD *H.M. gegen Schweden* vom 19.4.2012, Mitteilung Nr. 3/2011.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, H.M. gegen Schweden, Ziff. 2.1-2.2.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, H.M. gegen Schweden, Ziff. 2.3-2.7.

*adversely affected the author's access, as a person with disability, to the health care and rehabilitation required for her specific health condition.»*⁴⁶⁰

Der Ausschuss stellte fest, dass die schwedischen Behörden nicht auf die besonderen behinderungsbedingten Bedürfnisse der Beschwerdeführerin eingegangen sind. Die Entscheidungen der inländischen Behörden waren unverhältnismässig und hatten eine diskriminierende Auswirkung auf die Beschwerdeführerin, da der Zugang zu der für ihren spezifischen Gesundheitszustand erforderlichen Gesundheitsversorgung und Rehabilitation beeinträchtigt wurde. Somit kam der Ausschuss zum Schluss, dass Schweden u.a. Art. 25 BRK verletzt hatte.⁴⁶¹

Die zweite erfolgreiche Mitteilung betreffend eine Verletzung von Art. 25 BRK wurde von einem Beschwerdeführer eingereicht, der an einer Hörbehinderung am rechten Ohr litt. Am 8. April 2012 wurde er von saudi-arabischen Sicherheitskräften verhaftet und in den nachfolgenden Monaten mehrmals gefoltert. Daraus resultierte eine Verschlimmerung seiner Hörbeeinträchtigung, weshalb er Zugang zu medizinischen Dienstleistungen verlangte.⁴⁶² Ungefähr vier-einhalb Monate nach seiner Festnahme wurde der Beschwerdeführer für eine routinemässige Gesundheitsuntersuchung in ein Militärspital gebracht. Nach Ansicht des Arztes benötigte er dringend eine Operation zur Verhinderung eines permanenten und kompletten Hörverlusts. Die Gefängnisadministration liess den Beschwerdeführer jedoch in den darauffolgenden sechs Monaten unbehandelt. Bei seinem nächsten Arzttermin stellte sich heraus, dass er auf dem rechten Ohr sein komplettes Hörvermögen verloren hatte, was auch durch eine Operation nicht mehr gerettet werden konnte.⁴⁶³ In diesem Zusammenhang betonte der Behindertenrechtsausschuss:

*«The Committee recalls that, in accordance with article 25 (b) of the Convention, States parties have an obligation to provide those health services needed by persons with disabilities specifically because of their disabilities, including early identification and intervention as appropriate, and services designed to minimize and prevent further disabilities.»*⁴⁶⁴

Der Ausschuss verwies auf die besondere Verantwortung hinsichtlich der Wahrung der Menschenrechte bei Menschen mit Behinderung, die sich im

⁴⁶⁰ Ibid., H.M. gegen Schweden, Ziff. 8.8.

⁴⁶¹ Ibid., H.M. gegen Schweden, Ziff. 8.8 und Ziff. 9.

⁴⁶² Entscheid des CRPD Munir al Adam gegen Saudi-Arabien vom 20.9.2018, Mitteilung Nr. 38/2016, Ziff. 2.1 f.

⁴⁶³ Ibid., Munir al Adam gegen Saudi-Arabien, Ziff. 2.3.

⁴⁶⁴ Ibid., Munir al Adam gegen Saudi-Arabien, Ziff. 11.6.

Freiheitsentzug befinden. Im vorliegenden Fall wurde der Zugang zu der dringend benötigten Behandlung nicht gewährt, was einen kompletten Hörverlust zur Folge hatte. Somit wurden die Rechte des Beschwerdeführers nach Art. 25 lit. b BRK verletzt.⁴⁶⁵

Im dritten Fall ging es um zwei Israelis, die an einer psychosozialen Behinderung litten.⁴⁶⁶ Am 7. September 2014 bzw. am 20. April 2015 betraten sie jeweils den Gazastreifen und wurden in der Folge Opfer von Verschwindenlassen (*enforced disappearance*).⁴⁶⁷ Die Mitteilung an den UNO-Behindertenrechtsausschuss wurde vom Vater respektive Bruder der jeweiligen Opfer eingereicht. Gerügt wurde u.a. eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit, da den Beschwerdeführenden keinerlei Informationen über den Aufenthaltsort oder den Gesundheitszustand der Opfer vorlagen. Daher sei ernsthaft zu befürchten, dass ihnen ihr Recht auf Gesundheit vorenthalten werde.⁴⁶⁸ Der Behindertenrechtsausschuss kam zum Schluss, dass u.a. Art. 25 BRK verletzt wurde, da der Staat Palästina es versäumt hatte, Massnahmen zu ergreifen, um den Zugang zur benötigten medizinischen Versorgung sicherzustellen.⁴⁶⁹

Schliesslich stellte auch die Einzelhaft des Religionsgelehrten und Kritikers *Safar bin Abdulrahman al-Hawali* aus Saudi-Arabien ohne Gerichtsverfahren und ohne die notwendigen Vorkehrungen für seine Behinderung eine Verletzung von Art. 25 BRK dar.⁴⁷⁰ *Al-Hawali* wurde am 12. Juli 2018 zusammen mit seinem Sohn in ihrem Haus von Sicherheitskräften verhaftet und an einen unbekannten Ort gebracht. Ein Haft- oder Durchsuchungsbefehl wurde nicht vorgelegt und die Gründe für ihre Festnahme wurden ebenfalls nicht erläutert. *Al-Hawali* hatte dauerhafte Beeinträchtigungen aufgrund von erlittenen Schlaganfällen, die seine Kommunikations- und Mobilitätsfähigkeiten sowie seine Fähigkeit zur Selbstversorgung beeinträchtigt haben. Er litt an chronischer Sprechapraxie, die ihn daran hindert, seine Gesichtsmuskeln so zu bewegen, dass er sprechen und verstanden werden kann. Er konnte sich nicht

⁴⁶⁵ Ibid., *Munir al Adam gegen Saudi-Arabien*, Ziff. 11.6.

⁴⁶⁶ Entscheid des CRPD *al-Sayed and Mangisto gegen den Staat Palästina* vom 23.3.2023, Mitteilung Nr. 67/2019 und 68/2019, Ziff. 1.1, Ziff. 2.1, Ziff. 2.3 und Ziff. 2.7.

⁴⁶⁷ Ibid., *al-Sayed and Mangisto gegen den Staat Palästina*, Ziff. 2.2 und Ziff. 2.4. Der CRPD erachtete die Beschwerde als zulässig nach Art. 1 des Fakultativprotokolls, weil die beiden Gefangenen sich effektiv auf palästinensischem Gebiet aufhielten, als sie zuletzt gesehen worden waren, Ziff. 7.3.

⁴⁶⁸ Ibid., *al-Sayed and Mangisto gegen den Staat Palästina*, Ziff. 1.1 und Ziff. 3.11.

⁴⁶⁹ Ibid., *al-Sayed and Mangisto gegen den Staat Palästina*, Ziff. 8.8. Näheres zum Recht auf Gesundheit führte der Ausschuss in diesem Fall nicht aus.

⁴⁷⁰ Entscheid des CRPD *al-Hawali Alghamdi gegen Saudi Arabien* vom 19.3.2024, Mitteilung Nr. 84/2020, Ziff. 13.6 f.

allein fortbewegen und hatte ein gebrochenes Becken sowie ein Nierenversagen, die eine ständige medizinische Versorgung erfordern.⁴⁷¹ In seinem Entscheid erinnerte der Ausschuss im Lichte von Art. 25 i.V.m. Art. 14 Abs. 2 BRK daran, dass die Vertragsstaaten eine besondere Verantwortung für die Wahrung der Menschenrechte von inhaftierten Personen mit einer Behinderung tragen. Angesichts der Verschlechterung von *Al-Hawalis* Gesundheitszustand während seiner Haft sowie aufgrund des Fehlens von Informationen über die Bereitstellung der notwendigen medizinischen Versorgung und Therapie gelangte der Ausschuss zum Schluss, dass Art. 25 BRK verletzt wurde.⁴⁷²

D. Praxis des Frauenrechtsausschusses

Nach Art. 12 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau⁴⁷³ treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Bereich des Gesundheitswesens, um der Frau gleichberechtigt mit dem Mann Zugang zu den Gesundheitsdienstleistungen, einschliesslich denjenigen im Zusammenhang mit der Familienplanung, zu gewährleisten. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. f Frauenrechtskonvention gewährleisten die Vertragsstaaten das Recht der Frauen auf gleichberechtigten Schutz der Gesundheit und auf Sicherheit am Arbeitsplatz, einschliesslich des Schutzes der Fortpflanzungsfähigkeit.⁴⁷⁴ Das Fakultativprotokoll⁴⁷⁵ vom 6. Oktober 1999 zu diesem Übereinkommen ist für die Schweiz am 29. Dezember 2008 in Kraft getreten. Nachfolgend werden einschlägige Entscheide aufgeführt, in denen der Frauenrechtsausschuss eine Verletzung von Art. 12 der Konvention festgestellt hat.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Ibid., *al-Hawali Alghamdi gegen Saudi Arabien*, Ziff. 2.2 f.

⁴⁷² Ibid., *al-Hawali Alghamdi gegen Saudi Arabien*, Ziff. 13.6.

⁴⁷³ SR 0.108.

⁴⁷⁴ Dieser Artikel wurde im Entscheid *Svetlana Medvedeva gegen Russland* vom 25.2.2016, Mitteilung Nr. 60/2013 verletzt: Es ging um eine russische Staatsangehörige, die eine Stelle als Rudergängerin und Motoristin bei einer GmbH nicht erhielt, da diese Tätigkeit auf einer Liste von Tätigkeiten mit schädlichen oder gefährlichen Arbeitsbedingungen stand, die für Frauen verboten waren, Ziff. 2.1. Der Frauenrechtsausschuss hielt betr. Art. 11 Abs. 1 lit. f Frauenrechtskonvention u.a. fest, dass diese Bestimmung die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, gleiche Schutzmassnahmen zu ergreifen, um die reproduktiven Funktionen von Männern und Frauen zu schützen, Ziff. 11.7.

⁴⁷⁵ SR 0.108.1.

⁴⁷⁶ In manchen Entscheiden wurde Art. 12 Frauenrechtskonvention zwar verletzt, der Ausschuss machte aber keine Ausführungen zu diesem Recht, siehe z.B. den Entscheid *R.G. gegen Kirgisistan* vom 3.11.2020, Mitteilung Nr. 133/2018, da die Beschwerdeführerin negative Auswirkungen auf ihre Gesundheit während ihrer Inhaftierung erlebte. Siehe auch den Entscheid *A gegen Dänemark* vom 19.11.2015, Mitteilung Nr. 53/2013: Dänemark würde

Im Fall *LC gegen Peru* stellte der Frauenrechtsausschuss fest, dass Peru u.a. gegen Art. 12 der Konvention verstossen hatte, da einem Mädchen sowohl eine Notoperation als auch eine Abtreibung verweigert wurde.⁴⁷⁷ Die Beschwerdeführerin war dreizehn Jahre alt, als sie 2006 von einem 34 Jahre alten Mann wiederholt sexuell missbraucht wurde. Infolgedessen wurde sie schwanger und unternahm wegen ihrer Depression einen Selbstmordversuch, indem sie vom Dach eines Nachbarhauses sprang. Sie wurde ins Spital gebracht, jedoch wegen ihrer Schwangerschaft nicht operiert. Betreffend die Durchführung der Abtreibung gab es Verzögerungen, doch sie erlitt in der Folge eine Fehlgeburt.⁴⁷⁸ Der Ausschuss hielt fest:

*«The Committee recalls the obligation of the State party under article 12, to take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.»*⁴⁷⁹

Der Ausschuss kam zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin keinen Zugang zu einer wirksamen Behandlung hatte. Da es sich bei ihr um ein minderjähriges Opfer eines sexuellen Missbrauchs handelte, war die Verletzung von Art. 12 Frauenrechtskonvention umso schwerwiegender.⁴⁸⁰

Im Jahr 2004 entschied der Ausschuss über die Beschwerde einer ungarischen Roma, die rügte, zu einer Sterilisation gezwungen worden zu sein.⁴⁸¹ Als sie ihr viertes Kind gebären sollte, stellte sich heraus, dass dieses in ihrer Gebärmutter gestorben war. Sie musste die Einwilligung für den Kaiserschnitt sowie eine Handnotiz über die durchzuführende Sterilisation unterschreiben. Dabei

das Refoulementverbot verletzen, wenn es eine pakistanische Christin wegweisen würde, obwohl sie in Pakistan geschlechtsspezifische Gewalt erlebt hatte und ihr eine solche erneut drohen würde, Ziff. 9.5 f. und Ziff. 9.8. Der Ausschuss prüfte in der Folge die Rügen der Beschwerdeführerin nach Art. 12 Frauenrechtskonvention nicht noch zusätzlich, Ziff. 10. Siehe schliesslich den Entscheid *S.H. gegen Bosnien und Herzegowina* vom 9.7.2020, Mitteilung Nr. 116/2017 betreffend schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesundheit der Beschwerdeführerin, die im Jahr 1995 von bosnisch-serbischen Streitkräften vergewaltigt wurde, siehe Ziff. 2.8 und Ziff. 8.8.

⁴⁷⁷ Entscheid des CEDAW LC *gegen Peru* vom 17.10.2011, Mitteilung Nr. 22/2009, Ziff. 8.8.

⁴⁷⁸ Ibid., LC *gegen Peru*, Ziff. 2.1-2.9.

⁴⁷⁹ Ibid., LC *gegen Peru*, Ziff. 8.11.

⁴⁸⁰ Ibid., LC *gegen Peru*, Ziff. 8.15. Auch im bereits erwähnten Fall der Afrobrasilianerin, siehe [Kapitel 2 unter IV. 2. A. b\)](#), die nach verzögerter und unangemessener Notfallversorgung an ihren Schwangerschaftskomplikationen verstarb, stellte der Frauenrechtsausschuss eine Verletzung von Art. 12 der Konvention fest, siehe Entscheid des CEDAW *Alyne da Silva Pimentel Teixeira gegen Brasilien* vom 25.7.2011, Mitteilung Nr. 17/2008, Ziff. 7.5.

⁴⁸¹ Entscheid des CEDAW A.S. *gegen Ungarn* vom 12.2.2004, Mitteilung Nr. 4/2004.

wurde ein der Beschwerdeführerin unbekanntes lateinisches Wort dafür benutzt. Als sie diese Dokumente unterschrieb, blutete sie stark und befand sich in einem Schockzustand. Von der Ankunft im Spital bis zum Ende dieser beiden medizinischen Eingriffe, inklusive Unterschriften dieser mutmasslichen Einwilligungen, vergingen bloss 17 Minuten. In der Folge wurden ihre Eileiter während der Durchführung des Kaiserschnitts abgetrennt. Davon erfuhr sie erst beim Verlassen des Spitals auf ihre Nachfrage hin, wann sie wieder versuchen dürfe, schwanger zu werden.⁴⁸² Der Frauenrechtsausschuss hielt diesbezüglich fest:

«The Committee finds that it is not plausible that during that period of time hospital personnel provided the author with thorough enough counselling and information about sterilization, as well as alternatives, risks and benefits, to ensure that the author could make a well-considered and voluntary decision to be sterilized.»⁴⁸³

Der Ausschuss verwies sodann auf dessen Allgemeine Bemerkung Nr. 24.⁴⁸⁴ Danach müssen die Vertragsstaaten sicherstellen, dass Frauen in voller Kenntnis der Sachlage ihre Zustimmung zu Gesundheitsleistungen geben sowie, dass ihre Würde respektiert wird. Zudem dürfen die Vertragsstaaten keine Art von Zwang zulassen.⁴⁸⁵ Im vorliegenden Fall kam der Ausschuss zum Schluss, dass Ungarn Art. 12 Frauenrechtskonvention verletzt hatte, da die Beschwerdeführerin nicht in voller Kenntnis der Sachlage in die Sterilisation eingewilligt hatte.⁴⁸⁶

⁴⁸² Ibid., A.S. gegen Ungarn, Ziff. 2.2 f.

⁴⁸³ Ibid., A.S. gegen Ungarn, Ziff. 11.3.

⁴⁸⁴ Ibid., A.S. gegen Ungarn, Ziff. 11.3.

⁴⁸⁵ CEDAW, GC Nr. 24, Ziff. 22.

⁴⁸⁶ Ibid., A.S. gegen Ungarn, Ziff. 11.3. Auch der Fall S.F.M. gegen Spanien vom 28.2.2020, Mitteilung Nr. 138/2018 betraf eine schwangere Frau, an der eine Reihe von medizinischen Eingriffen ohne Information und Zustimmung durchgeführt wurden. Diese führten zu einer traumatischen Geburt und PTBS bei der Beschwerdeführerin, Ziff. 2.1-2.8. Der Frauenrechtsausschuss kam zum Schluss, dass u.a. Art. 12 der Konvention verletzt wurde, ohne jedoch nähere Ausführungen zum Recht auf Gesundheit oder die entsprechenden Staatenpflichten zu machen. Auf diesen Fall verwies der Ausschuss in dessen Entscheid N.A.E. gegen Spanien vom 27.6.2022, Mitteilung Nr. 149/2019, wo es auch um medizinische Handlungen während und nach einer Geburt ging, denen die Beschwerdeführerin nicht zugestimmt hatte, siehe Ziff. 2.1-2.13, wodurch u.a. Art. 12 der Konvention verletzt wurde, Ziff. 15.9. Zum selben Schluss kam das CEDAW in dessen Entscheid M.D.C.P. gegen Spanien vom 24.2.2023, Mitteilung Nr. 154/2020, wo es ebenfalls um geburtshilfliche Gewalt inkl. fehlende Zustimmung zu einem Kaiserschnitt ging, siehe Ziff. 3.5 und Ziff. 7.6 ff.

Ein weiterer Fall betraf zwei Roma, aber aus Nordmazedonien, die beide schwanger waren.⁴⁸⁷ Sie lebten in einer Siedlung, die im August 2016 zwangsgeräumt wurde, ohne dass die Einwohnerinnen und Einwohner vorgängig darüber informiert wurden. Trotz der Zwangsräumung verblieben die meisten auf dem Gelände der ehemaligen Siedlung. Sie hatten jedoch keine Unterkunft und keinen Zugang zu Wasser mehr. Viele litten an gesundheitlichen Problemen und die Situation war für Schwangere besonders schwierig. Sie hatten keinen Zugang zu lebensnotwendigen Gütern und es fehlte die Unterstützung bei der medizinischen Versorgung.⁴⁸⁸ Der Frauenrechtsausschuss betonte, dass den gesundheitlichen Bedürfnissen und Rechten von Frauen und Mädchen, die zu einer gefährdeten oder benachteiligten Gruppe gehören, besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte. So müssen die Vertragsstaaten über die Massnahmen Bericht erstatten, die sie zur Beseitigung der Hindernisse für Frauen beim Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen ergriffen haben. Des Weiteren müssen sie Massnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass Frauen rechtzeitig und zu erschwinglichen Preisen Zugang zu solchen Dienstleistungen haben, insbesondere zu solchen, die die reproduktive Gesundheit betreffen.⁴⁸⁹ Der Ausschuss stellte im vorliegenden Fall fest, dass die beiden Beschwerdeführerinnen aufgrund ihrer fehlenden Identitätsdokumente keine Krankenversicherung abschliessen konnten. Dadurch hatten sie keinen Zugang zu angemessenen Gesundheitseinrichtungen. Sie hatten auch keinen Anspruch auf eine kostenlose medizinische Grundversorgung, Sekundärversorgung oder Mutterschaftsvorsorge. Ferner konnten beide nicht in einem spezialisierten Krankenhaus entbinden, sondern mussten dies unter freiem Himmel tun. Nordmazedonien machte keine konkreten Angaben darüber, ob den Beschwerdeführerinnen der Zugang zu irgendwelchen Gesundheitsdienstleistungen angeboten wurde. Ob geeignete Massnahmen ergriffen wurden, um den Zugang der Beschwerdeführerinnen insbesondere zur reproduktiven Gesundheitsfürsorge sicherzustellen, wurde ebenfalls nicht weiter erläutert. Darin wurde die Verletzung u.a. von Art. 12 Frauenrechtskonvention gesehen.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Entscheid des CEDAW S.N. und E.R. gegen Nordmazedonien vom 24.2.2020, Mitteilung Nr. 107/2016.

⁴⁸⁸ Ibid., S.N. und E.R. gegen Nordmazedonien, Ziff. 2.8 f.

⁴⁸⁹ Ibid., S.N. und E.R. gegen Nordmazedonien, Ziff. 9.5 mit Verweis auf CEDAW, GC Nr. 24, Ziff. 2 und 6 sowie Ziff. 21-23.

⁴⁹⁰ Ibid., S.N. und E.R. gegen Nordmazedonien, Ziff. 9.6. Auch der Entscheid L.A. et al. vom 24.2.2020, Mitteilung Nr. 110/2016 betraf die Zwangsräumung derselben Siedlung. Diese Beschwerde wurde von minderjährigen alleinerziehenden Müttern sowie werdenden Müttern eingereicht. Auch sie rügten, dass sie bezüglich ihres Zugangs zu Gesundheits-

Dieselben Aspekte betonte der Frauenrechtsausschuss in einem Entscheid aus dem Jahr 2023.⁴⁹¹ Die Beschwerdeführerin war Waise, Witwe und allein-erziehende Mutter. Sie litt unter chronischer Drogenabhängigkeit und lebte mit HIV, Tuberkulose und Hepatitis C. Als sie 2011 schwanger wurde, erhielt sie keinen Zugang zu erschwinglichen, medizinisch angemessenen und geschlechtsspezifischen Drogenabhängigkeitsbehandlungen und Rehabilitationsdiensten.⁴⁹² Der Ausschuss hielt fest, dass die Beschwerdeführerin mehreren Hindernissen diesbezüglich ausgesetzt war. Er erinnerte u.a. daran, dass die Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen als unangemessen angesehen werden, wenn es in einem Gesundheitssystem keine Dienstleistungen zur Vorbeugung, Erkennung und Behandlung frauenspezifischer Krankheiten gibt. Ebenso stellte der Ausschuss fest, dass die Staaten sicherstellen sollten, dass sowohl die öffentlichen als auch die privaten Anbietenden von Gesundheitsdienstleistungen ihren Pflichten nachkommen, um das Recht der Frauen auf Zugang zur Gesundheitsversorgung zu respektieren. Der Ausschuss stellte weiter fest, dass die Vertragsstaaten Massnahmen ergreifen sollten, um Hindernisse zu beseitigen, denen Frauen beim rechtzeitigen und erschwinglichen Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen gegenüberstehen, einschliesslich hoher Gebühren für solche Dienstleistungen. Dies wurde im vorliegenden Fall durch Russland nicht sichergestellt, weshalb der Ausschuss eine Verletzung von Art. 12 Frauenrechtskonvention feststellte.⁴⁹³

E. Fazit zur Praxis der UNO-Menschenrechtsorgane zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit

Der Ausschuss für WSK-Rechte hat bisher bloss in einem Fall eine Verletzung von Art. 12 UNO-Pakt I festgestellt. Er betonte dabei, dass das Recht auf Gesundheit freie und informierte Entscheidungen über jegliche medizinischen Eingriffe voraussetze. Daher verletzen Gesetze und Massnahmen, die unfreiwillige, zwangsweise oder erzwungene medizinische Eingriffe vorschreiben, die Unterlassungspflicht der Staaten.

dienstleistungen diskriminiert wurden. Der Ausschuss kam auch hier zum Schluss, dass Art. 12 Frauenrechtskonvention verletzt wurde, Ziff. 9.2-9.7. Art. 12 wurde auch im Entscheid *S.B. und M.B. gegen Nordmazedonien* vom 2.11.2020, Mitteilung Nr. 143/2019 verletzt: Zwei Nordmazedonierinnen wurde kein Zugang zu kostenloser gynäkologischer Untersuchung gewährt, weil sie Roma sind, Ziff. 1-2.5 sowie Ziff. 7.7 f.

⁴⁹¹ Entscheid des CEDAW *Oksana Shpagina gegen Russland* vom 23.2.2023, Mitteilung Nr. 129/2018, Ziff. 9.3. Sie verstarb am 10.1.2019, siehe Fn. 1 des Entscheids.

⁴⁹² *Ibid.*, *Oksana Shpagina gegen Russland*, Ziff. 2.2.

⁴⁹³ *Ibid.*, *Oksana Shpagina gegen Russland*, Ziff. 9.3 f.

Der UNO-Kinderrechtsausschuss kam bisher in zwei Entscheiden zum Schluss, dass das Recht auf Gesundheit nach Art. 24 KRK verletzt ist. In einem Fall führte er nichts Näheres zum Recht auf Gesundheit aus. Im anderen Fall betonte er, dass Staaten ein Kind nicht in ein Land wegweisen dürfen, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass dem Kind tatsächlich ein irreparabler Schaden droht, beispielsweise für die Gesundheit des Kindes. Das übergeordnete Kindesinteresse ist folglich bei der Prüfung von Wegweisungen aus einem Staat vorrangig zu berücksichtigen. Es muss garantiert sein, dass das Kind im Heimatstaat angemessen betreut werden wird und dass seine Rechte wahrgenommen werden können.

Der UNO-Behindertenrechtsausschuss hat dreimal eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit nach Art. 25 BRK festgestellt. Dabei hob der Ausschuss hervor, dass die Staaten nach Art. 25 BRK den diskriminierungsfreien Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen zu ermöglichen haben. Dabei sind stets die behinderungsbedingten Bedürfnisse der betreffenden Personen zu berücksichtigen. Zudem haben Staaten die Verpflichtung, die Gesundheitsdienstleistungen bereitzustellen, die Menschen mit Behinderungen speziell aufgrund ihrer Behinderung benötigen. Die frühzeitige Erkennung und gegebenenfalls die rechtzeitige Intervention sowie die Bereitstellung von Dienstleistungen, die darauf ausgerichtet sind, weitere Behinderungen zu minimieren und zu verhindern, sind dabei von grosser Bedeutung. Ferner ist der Zugang zu den notwendigen medizinischen Leistungen auch während Haft bzw. Gefangenschaft zu gewährleisten.

Schliesslich wurde das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 Frauenrechtskonvention mehrmals vom UNO-Frauenrechtsausschuss als verletzt angesehen. Dieser hob in seinen Entscheidungen hervor, dass die Vertragsstaaten sicherzustellen haben, dass Frauen in voller Kenntnis der Sachlage ihre Zustimmung zu Gesundheitsdienstleistungen bzw. medizinischen Eingriffen geben können. Zudem müsse den gesundheitlichen Bedürfnissen und Rechten von Frauen sowie von Mädchen, die zu einer gefährdeten oder benachteiligten Gruppe gehören, besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Die Vertragsstaaten müssen Hindernisse für Frauen beim Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen beseitigen. Zudem ist sicherzustellen, dass Frauen rechtzeitig und zu erschwinglichen Preisen Zugang zu Gesundheitsversorgung haben. Insbesondere muss ihnen der Zugang zu Dienstleistungen gewährleistet werden, die die reproduktive Gesundheit betreffen.

3. Schweizer Praxis

Im Schweizer Recht existiert kein (Grund-)Recht auf Gesundheit. Wie aufgezeigt wurde, hat die Schweiz jedoch einige UNO-Menschenrechtsabkommen ratifiziert, die ein Recht auf Gesundheit enthalten. Bei der Ratifikation der entsprechenden Fakultativprotokolle übt die Schweiz jedoch Zurückhaltung aus.

So hat der Bundesrat in seiner Botschaft vom 19. Dezember 2012 zur Genehmigung der BRK erklärt, dass er nicht beabsichtige, das entsprechende Fakultativprotokoll zu ratifizieren, *«bevor die Schweiz mit ihren Staatenberichten erste Erfahrungen über die Praxis des Vertragsorgans gesammelt hat.»*⁴⁹⁴ Der Ratifizierung des Fakultativprotokolls steht vor allem die Auffassung des Bundesrates entgegen, dass die in der BRK enthaltenen WSK-Rechte nicht justiziabel seien.⁴⁹⁵

Das Fakultativprotokoll zur KRK hat die Schweiz zwar ratifiziert. Der Bundesrat verweist jedoch in der entsprechenden Botschaft auf Art. 10 Abs. 4 des Protokolls. Dieser hält fest, dass der Ausschuss bei Mitteilungen, in denen Verletzungen von WSK-Rechten behauptet werden, die Angemessenheit der vom Vertragsstaat im Einklang mit Art. 4 KRK getroffenen Massnahmen prüft. Art. 10 Abs. 4 des Fakultativprotokolls räumt Vertragsstaaten ein Ermessen bei der Umsetzung von WSK-Rechten ein. Zudem erinnerte der Bundesrat daran, dass die Auffassungen des Ausschusses keine rechtlich verbindlichen Urteile darstellen.⁴⁹⁶ Bereits in seiner Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur KRK hielt der Bundesrat fest, dass nicht alle Rechte aus der KRK direkt anwendbar seien.⁴⁹⁷ Das Bundesgericht (nachfolgend: BGer) hat sodann die Justiziabilität von gewissen KRK-Rechten anerkannt,⁴⁹⁸ bis anhin jedoch nicht von Art. 24 KRK, der das Recht auf Gesundheit gewährleistet.

Auch das Fakultativprotokoll zur Frauenrechtskonvention hat die Schweiz ratifiziert. In der entsprechenden Botschaft verweist der Bundesrat auf Art. 2 des Protokolls, wonach der Frauenrechtsausschuss nur Mitteilungen betreffend Verletzungen eines im Übereinkommen niedergelegten Rechts entgegennehmen darf. Das Übereinkommen enthalte ferner Verpflichtungen der Vertrags-

⁴⁹⁴ Botschaft BRK, S. 666.

⁴⁹⁵ Botschaft BRK, S. 676.

⁴⁹⁶ Botschaft Fakultativprotokoll KRK, S. 226 und S. 228.

⁴⁹⁷ Botschaft KRK, S. 20.

⁴⁹⁸ So z.B. von Art. 12 KRK betr. das Recht auf Meinungsäusserung von Kindern, siehe BGE 124 III 90 E. 3a oder für Art. 7 Abs. 1 KRK betr. das Recht auf einen Namen und eine Staatsangehörigkeit in BGE 125 I 257 E. 3c, bb und BGE 128 I 63 E. 3.2.2.

staaten, die darin enthaltenen Rechte der Frauen im nationalen Recht umzusetzen:

«Soweit Artikel 2 des Fakultativprotokolls von «einer Verletzung eines im Übereinkommen niedergelegten Rechts durch diesen Vertragsstaat» spricht, können damit nur solche Bestimmungen des Übereinkommens gemeint und Gegenstand einer Mitteilung sein, die zugleich im Konkretisierungsgrad Individualrechten entsprechen und somit justiziabel sind. Davon zu unterscheiden sind solche Bestimmungen, die programmatische Zielvorgaben beschreiben, für deren Umsetzung dem Vertragsstaat ein Ermessensspielraum politischer Gestaltung zusteht.»⁴⁹⁹

Im nachfolgenden Teil der Arbeit wird die Ansicht der Schweiz, dass WSK-Rechte programmatischen Charakter haben, etwas näher vorgestellt, bevor aufgezeigt wird, wie gesundheitsrechtliche Fälle gemäss Schweizer Praxis geprüft werden.

A. Der programmatische Charakter der WSK-Rechte

Bereits in der Botschaft vom 31. Januar 1991 bezüglich des Beitritts der Schweiz zu den beiden Menschenrechtspakten hielt der Bundesrat fest, dass die Rechte aus dem UNO-Pakt I programmatischen Charakter hätten. Er leitet dies aus Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I ab, wonach die Vertragsstaaten die im Pakt enthaltenen Rechte schrittweise und unter Ausschöpfung all ihrer Möglichkeiten und mit allen geeigneten Mitteln verwirklichen müssen. Gemäss Abs. 2 desselben Artikels müssen sie diese Rechte ohne Diskriminierung gewährleisten.⁵⁰⁰ Daraus würde sich eindeutig ergeben, dass die Bestimmungen aus dem UNO-Pakt I nicht an Individuen gerichtet sind, sondern an die Gesetzgebenden der Vertragsstaaten. Sie können im Einzelfall einer Richterin oder einem Richter als Orientierung zur Gesetzesauslegung dienen. So würden die Vorschriften des Paktes *«als Richtlinien für die Gesetzgebung»* gelten und abgesehen von wenigen Ausnahmen keine subjektiven und justiziablen Rechte darstellen.⁵⁰¹

Nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Rechte aus dem UNO-Pakt I also grundsätzlich nicht direkt anwendbar und somit nicht

⁴⁹⁹ Botschaft OP CEDAW, S. 9801 f.

⁵⁰⁰ Botschaft UNO-Pakte, S. 1193.

⁵⁰¹ Botschaft UNO-Pakte, S. 1202.

justiziabel.⁵⁰² So unternimmt der Bundesrat auch keine Schritte, um das Zusatzprotokoll zum UNO-Pakt I zu unterzeichnen:

«Denn der zuständige UNO-Ausschuss könnte sonst unter Umständen Beschwerden über Verstösse gegen Bestimmungen prüfen, die nach schweizerischem Rechtsverständnis nur programmatischen Charakter haben. Dies würde über die ursprünglichen Absichten von Bundesrat und Bundesparlament zum Zeitpunkt der Ratifizierung des Paktes hinausgehen. In Bezug auf die Diskussionen über eine dritte Generation von Rechten anerkennt die Schweiz gewisse kollektive Komponenten des Menschenrechtsschutzes und setzt sich für den Schutz benachteiligter Gruppierungen ein, stellt jedoch den Schutz des Individuums ins Zentrum.»⁵⁰³

Diese Auffassung der Schweiz, dass die meisten WSK-Rechte lediglich programmatischen Charakter hätten und daher nicht einklagbar seien, wurde sodann vom Ausschuss für WSK-Rechte kritisiert.⁵⁰⁴ Auch in seinen aktuellen Bemerkungen zum vierten Bericht der Schweiz bezüglich der Umsetzung des UNO-Pakts I äussert der Ausschuss diese Kritik:

«The Committee notes with concern the explanations provided concerning the justiciability of the rights contained in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, according to which they can only be invoked before the courts under certain conditions. The Committee regrets that the Federal Supreme Court has confirmed its interpretation on the programmatic nature of economic, social and cultural rights and that only some of these rights are enshrined in the Constitution, which limits their justiciability.»⁵⁰⁵

Im Jahr 2022 äusserte der WSK-Ausschuss erneut Bedauern über die geringen Fortschritte der Schweiz bei der Umsetzung seiner dringenden Empfehlungen.⁵⁰⁶ Immerhin zieht das BGer die Garantien des UNO-Pakts I zur Auslegung des schweizerischen Rechts bei und erachtet es in gewissen Konstellationen für möglich, dass diese direkt anwendbar sein könnten.⁵⁰⁷ Somit scheint das

⁵⁰² Siehe z.B. in BGE 121 V 246 E. 2c; BGE 135 I 161 E. 2.2; BGE 126 I 240 E. 2c sowie das Grundsatzzurteil BGE 120 Ia 1 E. 5c. Zur Bedeutung der direkten bzw. indirekten Anwendbarkeit siehe [Kapitel 2 unter III. 2.](#)

⁵⁰³ So die Antwort des Bundesrates vom 14.6.2021 auf die Frage von Nationalrätin Sibel Arslan vom 9.6.2021 (21.7617).

⁵⁰⁴ CESCR, Concluding Observations Switzerland 1998, Ziff. 10 und CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 5.

⁵⁰⁵ CESCR, Concluding Observations Switzerland 2019, Ziff. 4.

⁵⁰⁶ CESCR, Schreiben an die Schweizer Behörden vom 14.4.2022, 2022-18/CESCR/FU.

⁵⁰⁷ So z.B. in BGE 130 I 113 E. 3.3 betreffend die direkte Anwendbarkeit des Rechts auf Bildung nach Art. 13 Abs. 2 lit. c UNO-Pakt I oder auch BGE 133 I 156 E. 3.6.4.

BGer davon abzukommen, die direkte Anwendbarkeit der UNO-Pakt I-Rechte kategorisch abzulehnen.⁵⁰⁸ Es bezieht sich jedoch in seinen Entscheiden kaum auf die vom UNO-Ausschuss für WSK-Rechte erlassenen Allgemeinen Bemerkungen.⁵⁰⁹ Das BVGer dagegen verwies in einem Fall explizit auf Art. 12 UNO-Pakt I sowie auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 14 des Ausschusses für WSK-Rechte.⁵¹⁰ In diesem Fall ging es um die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung eines srilankischen Staatsangehörigen nach seiner Verurteilung zu einer zwanzigjährigen Haftstrafe wegen Mord. In der Beschwerde vor dem BVGer wurde nur die Zulässigkeit der Wegweisung überprüft. Diese wurde verneint, da der Beschwerdeführer in Sri Lanka nicht in der Lage sein würde, die für seine Krankheit erforderliche Behandlung zu finanzieren.⁵¹¹

«Avec un salaire mensuel moyen au Sri Lanka de EUR 216.- (...), il faut constater, à ce stade, que l'accessibilité économique de ce médicament n'est pas donnée dans le sens où l'entend, notamment, l'art. 12 du Pacte ONU I (RS 0.103.1) relatif au droit à la santé (cf., en particulier, Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale n° 14 ... par. 12 let. b ch. iii ...)»⁵¹²

Des Weiteren verweist das BVGer auch auf andere Allgemeine Bemerkungen, beispielsweise diejenigen der Ausschüsse zur Folterkonvention oder der KRK.⁵¹³ Zudem betonte der Bundesrat in seiner Botschaft zur Frauenrechtskonvention aus dem Jahr 1995, dass völkerrechtliche Pflichten unabhängig davon zu befolgen sind, *«ob sie nun vor innerstaatlichen Behörden ohne weiteres gerichtlich durchsetzbar sind oder nicht.»*⁵¹⁴

⁵⁰⁸ KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, S. 140.

⁵⁰⁹ Einzig in BGE 125 III 277 zog das BGer in E. 2d die Allgemeine Bemerkung Nr. 3 zum Pakt I bei, in welcher der WSK-Ausschuss in Ziff. 5 die unmittelbare Anwendbarkeit von (u.a.) Art. 8 UNO-Pakt I betr. Sklavereiverbot bejaht.

⁵¹⁰ Urteil des BVGer F-5574/2018 vom 9.7.2020, E. 6.5.2.

⁵¹¹ Ibid., E. 6.8- 7.1. Ohne die Behandlung würde sein Gesundheitszustand lebensbedrohlich für ihn werden, siehe E. 6.5.

⁵¹² Ibid., E. 6.5.2. Somit wurde eine vorläufige Aufnahme verfügt, E. 8.

⁵¹³ Das BVGer bezieht sich auch regelmässig auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 2 des Folter-ausschusses, so z.B. im Urteil E-6349/2019 vom 29.6.2021, E. 11.3.4; Urteil D-5835/2020 vom 22.12.2020, E. 6.2.3; Urteil D-4210/2019 vom 12.9.2019, E. 6.2.3 oder im Urteil D-2334/2019 vom 21.5.2019, E. 7.2.3. Ferner bezieht sich das BVGer auch auf Allgemeine Bemerkungen des Kinderrechtsausschusses (Nr. 3, Nr. 6 und Nr. 14), so z.B. im Urteil E-2056/2020 vom 31.8.2020, E. 6.3; im Urteil D-851/2020 vom 17.6.2020, E. 7.2 und E. 8.5 oder im Urteil E-5913/2010 vom 1.10.2010, E. 3.4.

⁵¹⁴ Botschaft CEDAW, S. 924.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in der Schweizer Rechtspraxis gewissen Rechten aus internationalen Menschenrechtsabkommen noch immer die Justiziabilität abgesprochen wird. Die internationalen Standards können allerdings genutzt werden, um das Schweizer Verfassungs- und Gesetzesrecht völkerrechtskonform auszulegen. Menschenrechtliche Ansprüche aus völkerrechtlichen Verträgen sind zudem in internationalen Beschwerdeverfahren grundsätzlich justiziabel.⁵¹⁵ Schliesslich ist zu beachten, dass das BV-Ger in seinen Entscheiden z.T. auf die Allgemeinen Bemerkungen gewisser UNO-Menschenrechtsorgane verweist, so auch auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 14 des Ausschusses für WSK-Rechte betreffend das Recht auf Gesundheit. Somit können und sollten m.E. im konkreten Einzelfall bei der Rüge der Verletzung eines WSK-Rechts Bezug auf die entsprechenden internationalen Menschenrechtsstandards genommen werden.

B. Angerufene Grundrechte

In der Schweizerischen Bundesverfassung ist wie bereits erwähnt kein Recht auf Gesundheit enthalten.⁵¹⁶ Nach Ansicht des Bundesrats in seiner Botschaft zur Bundesverfassung gehört die Gesundheit als eines der Polizeigüter zum öffentlichen Interesse und sie stellt ausserdem eines der Sozialziele der BV dar.⁵¹⁷ Für die Sozialziele übernehmen Bund und Kantone *«mithin sozialpolitische Verantwortung, nicht aber eine eigentliche Erfolgsgarantie.»*⁵¹⁸ Der Bundesrat nahm in der genannten Botschaft Bezug auf die Zielsetzungen des UNO-Pakts I, den die Schweiz ratifiziert hat und durch den sie verpflichtet wurde, u.a. das Recht auf Gesundheit anzuerkennen und dessen Einhaltung voranzutreiben. Dabei verwies der Bundesrat auf seine Botschaft zum Beitritt der Schweiz zu den beiden UNO-Pakten. Darin habe er bereits dargelegt, dass es sich bei den WSK-Rechten grundsätzlich nicht um subjektive und gerichtlich durchsetzbare Ansprüche handle. Im UNO-Pakt I sei zudem keine bestimmte Verwirklichungsart für diese Rechte vorgeschrieben und auch betreffend die innerstaatlichen Zuständigkeiten sei dem UNO-Pakt I nichts zu entnehmen. Daraus ergebe sich ein Ermessensspielraum für die Gesetzgebung bei der Konkretisierung dieser Rechte.⁵¹⁹

⁵¹⁵ WYTENBACH/SCHLÄPPI, S. 434.

⁵¹⁶ Siehe [Kapitel 2 unter II. 2. A.](#)

⁵¹⁷ Botschaft BV, S. 133, 195, 202 und 308.

⁵¹⁸ Botschaft BV, S. 201.

⁵¹⁹ Botschaft BV, S. 202.

In Fällen, in denen die Gesundheit eines Menschen betroffen ist, werden vom BGer immer wieder bestimmte Grundrechte der BV angerufen, wie die Menschenwürde nach Art. 7 BV⁵²⁰ oder die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV.⁵²¹ Den Kern der Grundrechtsdiskussion im Gesundheitsbereich bilden die in Art. 10 BV erfassten Grundrechtsgehalte: das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV sowie das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.⁵²² Nachfolgend werden Beispiele aus der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 10 Abs. 2 BV aufgezeigt. Danach wird auf Art. 12 BV eingegangen, der das Recht auf Hilfe in Notlagen – und damit auch auf medizinische Grundversorgung – enthält. Auch dazu werden Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgeführt. Dadurch soll aufgezeigt werden, wie das BGer Verletzungen von Aspekten des Rechts auf Gesundheit behandelt.

a) *Recht auf persönliche Freiheit*

Gemäss Art. 10 Abs. 2 BV hat jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Durch die Garantie der körperlichen Unversehrtheit hat jede Person das Recht, *«frei über die Integrität des eigenen Körpers zu verfügen.»*⁵²³ Dieser Schutz greift auch dann, wenn keine eigentliche Schädigung vorliegt oder Schmerzen verursacht wurden.⁵²⁴ So stellt die zwangsweise Entfernung des Bartes eines Untersuchungsgefangenen nur einen leichten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar.⁵²⁵ Auch die Blutentnahme zur Erstellung eines serologisch-erbbiologischen Gutachtens ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, der bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage zulässig ist, wenn er im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist.⁵²⁶

⁵²⁰ So z.B. in BGE 127 I 6 betreffend die medikamentöse Zwangsbehandlung in einer psychiatrischen Klinik während eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges. Das BGer kam zum Schluss, dass die Behandlung des Beschwerdeführers verhältnismässig war, da er an einer schweren Schizophrenie gelitten hatte und frühere Behandlungen mit Neuroleptika seinen Zustand deutlich beruhigt und verbessert hatten. Zudem wurden die Nebenwirkungen der Medikation von der Universitätsklinik als nicht schwerwiegend bezeichnet, E. 9b.

⁵²¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 160 ff.

⁵²² GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 166.

⁵²³ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 149, N. 18.

⁵²⁴ BGE 118 Ia 427, E. 4b.

⁵²⁵ BGE 112 Ia 161, E. 3b.

⁵²⁶ BGE 112 Ia 248, E. 3.

Art. 10 Abs. 2 BV enthält das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper und damit alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen. Dazu gehört nach Ansicht des BGer der Wunsch nach eigenen Kindern. Die Beschränkung des Zugangs zu den modernen Methoden künstlicher Fortpflanzung berührt somit das Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit.⁵²⁷ So ist z.B. nach Ansicht des BGer «das generelle Verbot der In-Vitro-Fertilisation mit Embryotransfer verfassungsrechtlich nicht zulässig.»⁵²⁸ Die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV erfasst auch das Recht, eine Schwangerschaft abzuberechnen, einschliesslich der entsprechenden Arztpersonwahl.⁵²⁹ Des Weiteren behandelt das BGer die medizinische Betreuung von Gefangenen über die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.⁵³⁰ Schliesslich unterliegt das Recht von Patientinnen und Patienten, über einen medizinischen Eingriff umfassend aufgeklärt zu werden und sich danach selbstständig dafür oder dagegen entscheiden zu können, dem Schutz der persönlichen Freiheit.⁵³¹ Stimmt eine Person einer medizinischen Behandlung zu, so ist der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV nicht berührt.⁵³² Eine medikamentöse Zwangsbehandlung hingegen stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar.⁵³³ In einem Fall ging es z.B. um eine an paranoider Schizophrenie erkrankte Beschwerdeführerin.⁵³⁴ Sie musste aufgrund ihrer Krankheit mehrmals hospitalisiert werden. In diesem Zusammenhang wurde eine Zwangsmedikation durchgeführt, wogegen sie Beschwerde beim BGer erhob. Dieses führte aus, dass die Vorinstanz sich nicht ausführlich mit den Nebenwirkungen der Zwangsmedikation auseinandergesetzt hätte. Auch alter-

⁵²⁷ BGE 115 Ia 234, E. 5a, wobei solche Eingriffe bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses oder auch zum Schutz von Grundrechten Dritter, wie z.B. das übergeordnete Kindesinteresse, zulässig sein können, vgl. E. 5b. Siehe auch BGE 119 Ia 460 E. 5a.

⁵²⁸ BGE 115 Ia 234 E. 9f.; bestätigt in BGE 119 Ia 560 E. 7a-7d.

⁵²⁹ BGE 101 Ia 575 E. 3a.

⁵³⁰ Siehe BGE 102 Ia 302, wonach inhaftierte Personen Anspruch auf «einwandfreie medizinische Betreuung», nicht aber auf freie Arztwahl, haben, vgl. E. 2c sowie 4a und anschliessend BGE 106 Ia 277 E. 7b und BGE 123 I 221 E. II 2b.

⁵³¹ BGE 118 Ia 427, E. 4b; BGE 114 Ia 350 E. 6; BGE 126 I 112 E. 3b; BGE 134 II 235 E. 4.1.

⁵³² KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 150, N. 21.

⁵³³ Vgl. z.B. Urteil des BGer vom 8.6.2016, 5A_356/2016 E. 5.2.2 mit Verweis auf den bereits erwähnten BGE 127 I 6, wo es um eine medikamentöse Zwangsbehandlung ging. Der Beschwerdeführer wurde wegen seiner katatonen Schizophrenie mehrmals in der Psychiatrischen Universitätsklinik in B. untergebracht. Dieser Fall wurde unter dem Blickwinkel der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV sowie des Schutzes der Menschenwürde nach Art. 7 BV geprüft, siehe E. 5g. Das BGer kam nach einer ausführlichen Begründung zum Schluss, dass die Behandlung des Beschwerdeführers verhältnismässig und somit nicht verfassungswidrig war, E. 9a-9e.

⁵³⁴ BGE 130 I 16.

native Behandlungsmethoden seien nicht geprüft worden. Schliesslich dürfen Zwangsmedikationen bloss angeordnet werden, *«wenn sie notwendig sind, um eine unmittelbare und schwere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Patienten oder Dritter abzuwenden»*.⁵³⁵ Dies wurde allerdings vorliegend nicht überprüft. Daher wies das BGer den Fall zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück, mit der Anweisung, eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen.⁵³⁶

Auch ein möglicher Impfzwang wird vom BGer über die persönliche Freiheit abgehandelt.⁵³⁷ Ein solcher Eingriff ist nur bei Vorliegen eingeschränkter Voraussetzungen zulässig, besonders um Leib und Leben von Drittpersonen zu schützen.⁵³⁸ Ferner umfasst Art. 10 Abs. 2 BV – bzw. auch Art. 13 Abs. 1 BV (sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK) – das Recht auf Bestimmung des eigenen Todeszeitpunktes.⁵³⁹ Daraus kann jedoch kein Anspruch auf Beihilfe zum Suizid seitens des Staates oder Dritter abgeleitet werden.⁵⁴⁰ Der absolut geschützte Kerngehalt der persönlichen Freiheit beinhaltet das Verbot der Todesstrafe gemäss Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV sowie das Verbot der Folter und jeder anderen Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 10 Abs. 3 BV.⁵⁴¹

b) Recht auf Hilfe in Notlagen

In Fällen, in denen die Gesundheit einer Person betroffen ist, kann schliesslich auch das Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV angerufen werden. Dieses Recht wurde vom BGer erstmals im Jahr 1995 als Grundrecht auf Existenzsicherung anerkannt.⁵⁴² Die BV von 1999 umfasst es sodann als Grundrecht auf Hilfe in Notlagen in Art. 12. Danach hat eine Person, die in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf

⁵³⁵ BGE 130 I 16 E. 5.3, S. 24.

⁵³⁶ BGE 130 I 16 E. 5.3. Siehe in E. 5.4: *«Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen hat das Verwaltungsgericht eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen und erneut zu prüfen, ob sich die umstrittene Zwangsmedikation in Anbetracht der Garantie der persönlichen Freiheit und der Achtung der Menschenwürde sowie unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gesamthaft verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.»*

⁵³⁷ Vgl. Urteil des BGer vom 22.2.2023, 8C_340/2022 E. 3.1 betr. Covid, BGE 50 I 334 E. 4 f. betr. Pocken sowie BGE 99 Ia 747 betr. Diphterie.

⁵³⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 168.

⁵³⁹ BGE 133 I 58, E. 6.1 sowie das Urteil des EGMR Haas gegen die Schweiz vom 20.6.2011, Nr. 31322/07, Ziff. 50 ff.

⁵⁴⁰ BGE 133 I 58, E. 6.2.1 sowie Ibid., Haas gegen die Schweiz, Ziff. 56–57.

⁵⁴¹ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 10 N. 12 und N. 25, SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 10 N. 42.

⁵⁴² BGE 121 I 367 E. 2. a–d.

die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Dieser sozialrechtliche Minimalanspruch wurde von der Praxis und Lehre lange als Teil des Rechts auf Leben und des Gleichstellungsgebots sowie als Ausfluss der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit angesehen.⁵⁴³ Der Bundesrat hielt dazu in der Botschaft Folgendes fest:

«Die medizinische Betreuung und die konstitutiven Elemente der garantierten minimalen Existenzbedingungen sind mit Absicht nicht aufgenommen worden, um der Rechtsprechung Raum zu lassen, sich dazu zu äussern. Man darf jedoch nicht ausser achtlassen, dass das Grundrecht nur eine Minimalleistung des Staates garantiert – der vorgeschlagene Text spricht von den Mitteln, «die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind». Die Gewährung von Leistungen, die darüber hinausgehen, kann durch die (eidgenössische, kantonale oder kommunale) Gesetzgebung vorgesehen werden.»⁵⁴⁴

Art. 12 BV stellt ein soziales Grundrecht dar, das einen einklagbaren Anspruch auf staatliche Leistungen begründet.⁵⁴⁵ So konkretisiert dieser Artikel die z.B. in Art. 12 UNO-Pakt I enthaltenen «core obligations». Durch Art. 12 BV sind somit die Kernverpflichtungen von gewissen Rechten aus dem UNO-Pakt I justiziabel ausgestaltet. Dadurch stellt die Schweiz sicher, dass die UNO-Pakt I-Rechte dennoch Wirkung entfalten, auch wenn das BGer ihnen regelmässig nur programmatischen Charakter zuspricht.⁵⁴⁶

Das BGer interpretiert Art. 12 BV dahingehend, dass nur erfasst ist,

«was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag. (...) Der Anspruch umfasst zudem nur ein Minimum, d.h. einzig die in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlichen Mittel (in Form von Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinischer Grundversorgung).»⁵⁴⁷

Die medizinische Notversorgung ist dabei vom Gesundheitszustand der Person abhängig, die die Leistung beansprucht.⁵⁴⁸ Es ist zu beachten, dass beim Recht auf Hilfe in Notlagen der Schutzbereich und der Kerngehalt zusammenfallen, da der Anspruch nur auf dieses Minimum im Sinne einer Überlebens-

⁵⁴³ Botschaft BV, S. 149; GÄCHTER/RÜTSCHKE, N. 172.

⁵⁴⁴ Botschaft BV, S. 151.

⁵⁴⁵ Vgl. BGE 131 I 166 E. 1.2.

⁵⁴⁶ GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 12 N. 12; MÜLLER, SGK-BV, Art. 12 N. 11; vgl. dazu das Urteil des BGer 2P.73/2005 vom 17.6.2005 E. 2.2.

⁵⁴⁷ BGE 130 I 71 E. 4.1; BGE 138 V 310 E. 2.1.

⁵⁴⁸ BGE 131 I 166 E. 8.2.

hilfe beschränkt ist.⁵⁴⁹ Aus diesem Grund lässt sich dieses Grundrecht «im Prinzip» nicht einschränken.⁵⁵⁰

Als Beispiel dient die Beschwerde eines Tetraplegikers, der einen Anspruch auf spitalexterne Leistungen durch die Spitex geltend machte. Das BGer betonte, dass Art. 12 BV keinen Anspruch darauf vermittle, zu Hause betreut zu werden. Vielmehr seien die Verpflichtungen aus diesem Grundrecht erfüllt, wenn die medizinische Pflege in einem Heim oder einem Spital erbracht werde. Das BGer wies die Beschwerde somit ab.⁵⁵¹ Art. 12 BV vermittelt folglich kein Recht darauf, frei darüber zu entscheiden, an welchem Ort, in welcher Form oder auf welche Weise man die zu gewährende Nothilfe erhält.⁵⁵²

Auch die Beschwerde eines abgewiesenen Asylsuchenden, der an Diabetes erkrankt war, wurde vom BGer abgelehnt. Er verlangte unter Berufung auf Art. 12 BV die Erhöhung der Nothilfe von Fr. 8.50 auf Fr. 16.00 pro Tag. Nach Ansicht der BGer sei dem Beschwerdeführer der Nachweis des finanziellen Unterschieds zwischen der ihm ärztlich empfohlenen Kost, im Gegensatz zu normaler Kost, nicht gelungen.⁵⁵³

Demgegenüber hiess das BGer die Beschwerde einer abgewiesenen Asylsuchenden gut. Sie war bei ihrer Schwester und deren Lebenspartner wohnhaft. Die zuständige kantonale Behörde machte die Weiterführung der Übernahme der Krankenkassenprämien der Beschwerdeführerin davon abhängig, dass sie zurück in die kantonalen Unterkunftsstrukturen ziehen würde. Das BGer hielt dazu fest, dass die Beschwerdeführerin neben dem grundrechtlich geschützten Anspruch auf medizinische Notfallversorgung zudem als Nothilfeberechtigte obligatorisch krankenversichert sei. Die kantonale Behörde dürfe nicht von ihr verlangen, in die kantonale Kollektivunterkunft zu ziehen, wenn sie weiterhin krankenversichert sein wolle. Dies sei sachfremd und diene «nicht der Sicherstellung einer zweckkonformen Verwendung der staatlichen Leistungen.»⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ BGE 138 V 310, E. 2.1.

⁵⁵⁰ Urteil des BGer 2P.298/2006 vom 20.3.2007 E. 2.1. Gemeint ist: «Die Zulässigkeit von allfälligen durch den Gesetzgeber erlassenen einschränkenden Konkretisierungen sind in sinngemässer (Teil-)Anwendung von Art. 36 BV daran zu messen, ob sie mit dem verfassungsrechtlich garantierten Minimalgehalt noch zu vereinbaren sind», BGE 131 I 166 E. 5.2. Siehe auch BGE 122 II 193 E. 2 und 3. Dazu auch GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 12 N. 38 oder MÜLLER, BSK-BV, Art. 12 N. 35.

⁵⁵¹ Urteil des BGer 2P.73/2005 vom 17.6.2005 E. 5.

⁵⁵² Urteil des BGer 2A.501/2005 vom 30.8.2005 E. 2.2.2.

⁵⁵³ Urteil des BGer 8C_603/2018 vom 15.3.2019 E. 4.3.

⁵⁵⁴ BGE 138 V 310, E. 5.3.

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass ein einklagbarer Anspruch aus Art. 12 BV u.a. dann besteht, wenn sich eine Person in einer medizinischen Notlage befindet. In einem solchen Fall besteht ein Recht der sich in Not befindenden Person, dass sie medizinisch unterstützt wird.⁵⁵⁵

C. Fazit zur Schweizer Praxis betreffend Verletzungen von Aspekten des Rechts auf Gesundheit

Im Schweizer Recht existiert kein Grundrecht auf Gesundheit. WSK-Rechte haben nach Ansicht des Bundesrates und des BGer bloss programmatischen Charakter. Sie dienen als Richtlinien für die Gesetzgebung und räumen Individuen keine subjektiven und justiziablen Rechte ein. Diese Auffassung der Schweiz wurde vom Ausschuss für WSK-Rechte mehrfach kritisiert.

Das BGer anerkannte die Justiziabilität lediglich von ein paar KRK-Rechten (Art. 12 KRK betr. das Recht auf Meinungsäusserung sowie Art. 7 Abs. 1 KRK betr. das Recht auf einen Namen und eine Staatsangehörigkeit), jedoch nicht von Art. 24, der das Recht auf Gesundheit beinhaltet. Das BVGer nahm jedoch in einem Fall direkt Bezug auf Art. 12 UNO-Pakt I und die dazugehörige Allgemeine Bemerkung Nr. 14 des Ausschusses für WSK-Rechte. Die direkte Anwendbarkeit von WSK-Rechten wird somit nicht kategorisch abgelehnt.

Sind Aspekte des Rechts auf Gesundheit verletzt, so überprüft das BGer diese nach Art. 7 BV (Menschenwürde) oder nach Art. 8 BV (Rechtsgleichheit). Auch Art. 12 BV betreffend das Recht auf Hilfe in Notlagen kann angerufen werden. Dieses beinhaltet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die medizinische Notversorgung, die für ein menschenunwürdiges Dasein unabdingbar ist.

Den Kern der Grundrechtsdiskussion im Gesundheitsbereich bilden allerdings die in Art. 10 BV erfassten Grundrechtsgehalte betreffend das Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit. Beschränkungen des Zugangs zu den modernen Methoden künstlicher Fortpflanzung können z.B. das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV berühren. Über diesen Artikel behandelt das BGer zudem die medizinische Behandlung von Gefangenen. Der Schutz der Freiheit umfasst auch das Recht auf vollständige Aufklärung über sowie die anschliessende Einwilligung in medizinische Behandlungen. Der absolut geschützte Kerngehalt der persönlichen Freiheit stellt das Verbot der Todesstrafe gemäss Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV sowie das Verbot der Folter und jeder an-

⁵⁵⁵ GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 12 N. 16.

deren Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 10 Abs. 3 BV dar.

VII. Fazit zum normativen Inhalt des Rechts auf Gesundheit

Das soziale Menschenrecht auf Gesundheit wurde erstmals in der WHO-Verfassung im Jahr 1946 in deren Präambel erwähnt. Eine eigenständige und völkerrechtlich verbindliche Verankerung erhielt es im Jahr 1966 im UNO-Pakt I. In dessen Art. 12 erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden Menschen auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit an. Im Schweizerischen Recht sind gesundheitsrechtliche Aspekte als Zielnormen z.B. in Art. 118 oder Art. 41 BV verankert.

Das Überwachungsorgan des UNO-Pakts I, der Ausschuss für WSK-Rechte, hat in seiner Allgemeinen Bemerkung zum Recht auf Gesundheit Grundzüge und Verpflichtungen dieses Rechts festgelegt. Grundsätzlich müssen die Vertragsstaaten dafür sorgen, dass Gesundheitseinrichtungen, -leistungen und -güter diskriminierungsfrei für alle verfügbar, zugänglich und annehmbar sowie in wissenschaftlicher und medizinischer Hinsicht angemessen und von guter Qualität sind. Die Staaten haben die Verpflichtung, das Recht auf Gesundheit zu achten bzw. zu unterlassen, dass Menschen der gleichberechtigte Zugang zur Gesundheitsversorgung verwehrt wird. Sie müssen dieses Recht schützen und schliesslich auch gewährleisten. Als minimale Kernverpflichtung ist ein Mindeststandard an Gesundheitsversorgung zu garantieren.

Des Weiteren wurden in diesem zweiten Kapitel Teilaspekte des Rechts auf Gesundheit näher vorgestellt, die im flüchtlingsrechtlichen Kontext relevant sein können. Zentral ist dabei der Aspekt, der auch eine Kernverpflichtung dieses Rechts darstellt und daher auf keinen Fall verletzt werden darf: die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Gesundheitsleistungen, -gütern und -einrichtungen. Das Recht auf Gesundheit erstreckt sich auch auf Komponenten, welche die Grundlage der Gesundheit eines Menschen bilden, wie z.B. eine gesunde Umwelt. Auf internationaler Ebene besteht derzeit noch kein eigenständiges Recht auf eine gesunde Umwelt. Daher prüfen regionale Gremien in Afrika, Amerika und Europa entsprechende Fälle u.a. nach dem Recht auf Gesundheit. Schliesslich wurde als weiterer Teilaspekt das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit aufgezeigt. Geschützt ist dabei vor allem das Recht auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidungen und

Wahlmöglichkeiten in diesem Bereich, frei von Gewalt, Zwang und Diskriminierung.

Betreffend die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit ist festzuhalten, dass die Justiziabilität von WSK-Rechten in der internationalen Lehre mittlerweile grösstenteils bejaht wird. Gewisse regionale Menschenrechtsabkommen enthalten sodann explizit ein Recht auf Gesundheit, wie z.B. Art. 16 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker. Es wurden Entscheide der Afrikanischen Kommission der Menschenrechte aufgezeigt, in denen eine Verletzung dieses Rechts festgestellt worden ist. Im Zentrum dieser Entscheide steht die Pflicht der Staaten, diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischen Leistungen zu garantieren. Nach Ansicht der Kommission verletzt zudem sexuelle Gewalt die physische und psychische Gesundheit der betreffenden Opfer. Schliesslich wird dieses Recht auch durch negative Auswirkungen von Umweltschäden verletzt.

Demgegenüber enthält die EMRK kein explizites Recht auf Gesundheit. Der EGMR behandelt daher solche Fälle nach Art. 2, Art. 3 und vor allem nach Art. 8 EMRK. Art. 8 EMRK schützt die körperliche und mentale Unversehrtheit einer Person. Daher dürfen z.B. keine medizinischen Eingriffe ohne Zustimmung der betreffenden Person durchgeführt werden. Der Schutzbereich dieses Artikels erfasst auch medizinische Eingriffe rund um die Geschlechtsidentität. Zudem sind Auswirkungen auf die Gesundheit, die durch Lärm oder Umweltverschmutzungen verursacht werden, ebenfalls durch Art. 8 EMRK geschützt.

Schliesslich wurden einschlägige Entscheide einiger UNO-Menschenrechtsorgane betreffend Verletzungen des Rechts auf Gesundheit des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrags aufgezeigt: Der UNO-Kinderrechtsausschuss betonte z.B. in einem Fall, dass bei der Wegweisung von Kindern der Zugang zur notwendigen Gesundheitsversorgung im Herkunftsland durch den wegweisenden Staat eingehend zu überprüfen ist. Der UNO-Behindertenrechtsausschuss hob in einer Entscheidung hervor, dass die Staaten den diskriminierungsfreien Zugang zu Gesundheitsdiensten ermöglichen müssen. Dies wurde auch vom Frauenrechtsausschuss so festgehalten. Nach dessen Ansicht müssen jegliche Hindernisse beim Zugang zu Gesundheitsleistungen für Frauen beseitigt werden. Insbesondere ist ihnen der Zugang zu Dienstleistungen zu garantieren, die ihre reproduktive Gesundheit betreffen.

Seit Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zum UNO-Pakt I im Jahr 2013 besteht schliesslich ein Individualbeschwerderecht bei Verletzungen von Rechten aus dem UNO-Pakt I. Bisher wurde in einem Fall eine Verletzung von Art. 12 UNO-Pakt I festgestellt. Der Ausschuss hob in diesem Entscheid hervor, dass das

Recht auf Gesundheit voraussetzt, dass eine Person freie und informierte Entscheidungen über medizinische Eingriffe treffen kann. Ohne Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff darf dieser nicht ausgeführt werden.

Die Schweiz vertritt trotz mehrfacher Kritik des UNO-Ausschusses für WSK-Rechte die Auffassung, dass WSK-Rechte nur programmatischen Charakter haben. Daher unternimmt sie keine Schritte, das Zusatzprotokoll zu ratifizieren. Das Schweizer BGer behandelt gesundheitsrechtliche Fälle weitgehend über die Grundrechtsgehalte, die in Art. 10 BV zum Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit erfasst sind. Die internationalen Standards können allerdings genutzt werden, um das Schweizer Verfassungs- und Gesetzesrecht völkerrechtskonform auszulegen. So hat das BVGer in einem Fall explizit auf Art. 12 UNO-Pakt I verwiesen und betont, dass Gesundheitseinrichtungen, -güter und -dienstleistungen gemäss der Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 des Ausschusses für WSK-Rechte für alle erschwinglich sein müssen. Dies ist bei der Zulässigkeitsprüfung einer Wegweisung gemäss Art. 83 Abs. 3 AIG zu berücksichtigen.

§ 3 Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit

I. Vorbemerkungen

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Beeinträchtigung des Rechts auf Gesundheit bei der Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft eine Rolle spielen kann. Um dies zu beantworten, muss vorerst geklärt werden, wie sich der Flüchtlingsbegriff zusammensetzt und wie diese einzelnen Elemente definiert bzw. ausgelegt werden.

Nach Art. 1A Ziff. 2 der Flüchtlingskonvention (FK) werden diejenigen Personen als Flüchtlinge definiert, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Herkunftsstaates befinden und dessen Schutz nicht beanspruchen können oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen wollen.

Diese einzelnen Voraussetzungen des Flüchtlingsbegriffs sind gemäss herrschender Lehre nach der menschenrechtsbasierten Auslegungsmethode – dem sog. *human rights based approach* – auszulegen. Danach ist bei der Auslegung der Elemente des Flüchtlingsbegriffs auf menschenrechtliche Garantien zurückzugreifen.⁵⁵⁶ Dabei ist fraglich, ob die Verletzung oder das Risiko einer Verletzung jeglicher Menschenrechte als Verfolgungshandlung qualifiziert werden kann. Es könnte der Standpunkt eingenommen werden, dass nur die Verletzung von Rechten aus dem UNO-Pakt II eine Verfolgung darstellt. Der Grund würde darin liegen, dass diese Rechte sofort anwendbar sind, im Gegensatz zu denjenigen aus dem UNO-Pakt I, die einer progressiven Verwirklichungspflicht unterstehen. Diese Herangehensweise knüpft an eine normative Hierarchie der Menschenrechte an.⁵⁵⁷ Wie jedoch aufgezeigt wurde, gilt diese hierarchische Ansicht von Menschenrechten als überholt.⁵⁵⁸ Spezifisch betreffend das Recht auf Gesundheit wurde erläutert, dass es sich dabei um

⁵⁵⁶ CARONI ET AL., S. 525; HATHAWAY/FOSTER, S. 193 ff.; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 45.; MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 67 ff.

⁵⁵⁷ HATHAWAY/FOSTER, S. 203.

⁵⁵⁸ Siehe [Kapitel 2 unter III. 1.](#)

ein justiziables Menschenrecht handelt, das den Staaten klare Verpflichtungen auferlegt. Der neuseeländische *Immigration and Refugee Tribunal* hielt diesbezüglich z.B. fest:

«It [the Tribunal] accepts that breaches of rights under the ICESCR may, in principle, be relied on to found a refugee claim as rights in themselves. The RSAA [Refugee Status Appeals Authority] rejected, as does the Tribunal, the notion that international human rights law is to be approached from a hierarchical perspective in which civil and political rights take precedence over, or are a superior form of rights, to their economic, social and cultural counterparts.»⁵⁵⁹

Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit kann demnach durch die menschenrechtsbasierte Auslegungsmethode des Flüchtlingsbegriffs asylrelevant sein. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem z.B. einem Teil der Bevölkerung aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft oder einer bestimmten sozialen Gruppe der Zugang zu lebensnotwendiger medizinischer Versorgung verwehrt wird.

Um die Asylrelevanz solcher Fälle zu verdeutlichen, fokussiert sich dieses dritte Kapitel darauf, die Bedeutung des *human rights based approach* bei der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs genauer darzustellen. Dazu werden u.a. einschlägige Lehrmeinungen und Rechtsprechung erläutert. Dabei wird stets Bezug auf soziale Menschenrechte genommen, zu denen das Recht auf Gesundheit gehört. Ausgangspunkt ist die Darstellung der einzelnen theoretischen Elemente, die zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft gegeben sein müssen.

II. Allgemeine Elemente des Flüchtlingsbegriffs

Ein Flüchtling muss sich gemäss Art. 1A Ziff. 2 ausserhalb von seinem bzw. ihrem Heimat- oder Herkunftsstaat befinden und dadurch die Beziehungen zu diesem Staat gebrochen haben. Zudem wird vorausgesetzt, dass die betreffende Person nicht die Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates hat. Diese Aspekte des Flüchtlingsbegriffs werden nachfolgend etwas genauer vorgestellt. Wo vorhanden, werden gesundheitsrechtliche Beispiele herangezogen.

⁵⁵⁹ Urteil des NZIPT BG (Fiji) vom 20.1.2012, [2012] NZIPT 800091, Ziff. 90.

1. Aufenthalt ausserhalb des Heimat- oder Herkunftsstaates

Eine asylsuchende Person muss eine internationale Grenze überquert haben und sich somit ausserhalb ihres Heimat- oder Herkunftsstaates befinden.⁵⁶⁰ Dies schliesst sog. Binnenflüchtlinge, die in ihrem Heimat- oder Herkunftsland intern vertrieben werden (sog. *internally displaced persons* [IDPs]), von der Flüchtlingseigenschaft aus.⁵⁶¹ Ob eine Person direkt aus ihrem Heimat- oder Herkunftsstaat geflüchtet ist, ist für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft unbedeutend. Möglich ist auch eine vorangehende Reise ins Ausland zum Zwecke eines Urlaubs, eines Studiums oder der Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Einen kausalen Zusammenhang zwischen der geltend gemachten Verfolgung und der Ausreise setzen weder die FK noch das AsylG voraus. Der entscheidende Faktor für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist, dass der asylsuchenden Person flüchtlingsrelevante Verfolgung drohen würde, falls sie in ihren Heimat- oder Herkunftsstaat zurückkehren müsste.⁵⁶²

Die begründete Furcht vor Verfolgung kann folglich auch erst nach dem Verlassen des Heimat- bzw. Herkunftsstaates entstehen, wobei dann von *réfugiés sur place* gesprochen wird. In diesem Zusammenhang wird zwischen objektiven und subjektiven Nachfluchtgründen unterschieden: Objektive Nachfluchtgründe entstehen bei der Veränderung der äusseren Umstände im Heimatland (z.B. Wechsel des Regimes), die durch die asylsuchende Person nicht beeinflusst werden können. Dadurch hat diese im Falle einer Rückkehr ins Heimatland eine begründete Furcht vor Verfolgung. Subjektive Nachfluchtgründe gemäss Art. 54 AsylG liegen hingegen vor, wenn die Furcht vor Verfolgung durch das Verhalten der asylsuchenden Person selbst ausgelöst wird. Dies ist beispielsweise bei illegalen Ausreisen oder bei exilpolitischen Aktivitäten der Fall.⁵⁶³ Die asylsuchende Person, die aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe

⁵⁶⁰ CARONI ET AL., S. 440; HATHAWAY/FOSTER, S. 22; STÖCKLI, N. 14.11; UNHCR, Handbuch, Ziff. 88.

⁵⁶¹ CARONI ET AL., S. 440; EPINEY ET AL., S. 7. Im Jahr 1998 wurden die von der UNO-Menschenrechtskommission in Auftrag gegebenen *Guiding Principles on Internal Displacement* veröffentlicht (E/CN.4/1998/53/Add.2). Siehe zum Schutz von IDPs z.B. WALTER KÄLIN, *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, Washington 2008 oder CATHERINE PHUONG, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge 2005.

⁵⁶² CARONI ET AL., S. 440; KÄLIN, Grundriss, S. 33; KÄLIN/KÜNZLI, S. 544.

⁵⁶³ CARONI ET AL., S. 441; EPINEY ET AL., S. 7; HATHAWAY/FOSTER, S. 75 ff.; KÄLIN, Grundriss, S. 33 und S. 130 f.; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 129 f. Gemäss Art. 3 Abs. 4 AsylG sind Personen keine Flüchtlinge, die Gründe geltend machen, «die wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise entstanden sind und die weder Ausdruck noch Fortsetzung einer bereits im Heimat- oder Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung sind. Vorbehalten bleibt das

eine Verfolgung befürchtet, wird nach Art. 54 AsylG vom Asyl ausgeschlossen, auch wenn sie die Flüchtlingseigenschaft erfüllt. Hingegen kann bei objektiven Nachfluchtgründen Asyl gewährt werden, wenn die betreffende Person die Flüchtlingseigenschaft erfüllt.⁵⁶⁴

Das SEM erwähnt in seinem Handbuch betreffend Asyl und Rückkehr ein gesundheitsrechtliches Beispiel, das unter den subjektiven Nachfluchtgründen zu überprüfen sei: Wenn in der Schweiz eine Geschlechtsumwandlung durchgeführt und danach gestützt darauf ein Asylgesuch eingereicht wird – etwa, weil dies im Heimatland unter Strafe steht, – dann sollte diese neue Situation nach Ansicht des SEM im Rahmen von Art. 54 AsylG betrachtet werden.⁵⁶⁵ Das Netzwerk Istanbul Konvention⁵⁶⁶ hat diesbezüglich festgehalten, dass es sich bei einer Geschlechtsumwandlung «um den Ausdruck einer fundamentalen vorbestehenden Eigenschaft» handle. Aus diesem Grund fordert das Netzwerk, dass Geschlechtsumwandlungen (wie auch Coming-Outs), die in der Schweiz erfolgen, nicht als subjektive Nachfluchtgründe gewertet werden, sondern als Vorfluchtgründe zu gelten haben.⁵⁶⁷

Als Beispiel dazu, wie das BVGer Fälle betreffend Geschlechtsumwandlungen behandelt, die ausserhalb des Heimatstaates stattgefunden haben, dient der Fall einer transidenten beschwerdeführenden Person aus Syrien.⁵⁶⁸ Sie wurde als biologische Frau geboren und hat sich seit frühester Kindheit dem männlichen Geschlecht zugehörig gefühlt. In der Schweiz hat sie sodann eine Mas-

Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtstellung der Flüchtlinge.» Durch diesen Vorbehalt der FK würde eine Person, die erst in der Schweiz zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft politische Tätigkeiten vornimmt, bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 1A Ziff. 2 FK die Flüchtlingseigenschaft zwar erfüllen. Sie könnte aber i.S.v. Art. 54 AsylG vom Asyl ausgeschlossen werden und wenn sie «klar missbräuchlich» handelt, könnte die Strafbestimmung nach Art. 116 lit. c AsylG angewendet werden, siehe SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D3 – Die subjektiven Nachfluchtgründe, Ziff. 2.2.

⁵⁶⁴ Siehe dazu CARONI ET AL., S. 441. Vgl. dazu auch SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D3 – Die subjektiven Nachfluchtgründe, Ziff. 2.2 sowie BVGer, Urteil vom 7.8.2020, D-69/2019, E. 7.3 oder BVGer, Urteil vom 16.7.2020, D-1218/2020, E. 8.2.

⁵⁶⁵ Vgl. SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D2.1 – Die geschlechtsspezifische Verfolgung, Punkt 7 unter Ziff. 2.3.2.

⁵⁶⁶ Dies ist ein Zusammenschluss von NGOs, der betr. Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.5.2011 (SR 0.311.35) u.a. über die Situation von betreffenden Opfern in der Schweiz berichtet, siehe: <https://www.istanbulkonvention.ch/das-netzwerk> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁵⁶⁷ Netzwerk Istanbul Konvention, S. 18.

⁵⁶⁸ Urteil des BVGer D-1219/2019 vom 19.7.2022.

tektomie durchführen lassen.⁵⁶⁹ Das BVGer überprüfte diese in der Schweiz eingeleiteten geschlechtsangleichenden Massnahmen nicht unter dem Gesichtspunkt der subjektiven Nachfluchtgründe. Vielmehr stellten diese Massnahmen einen entscheidenden Punkt dar, weshalb die beschwerdeführende Person nach Ansicht des BVGer in der Schweiz als Flüchtling anerkannt werden sollte, da ausgeschlossen ist, dass sie in Syrien weitere Geschlechtsangleichungen vornehmen lassen könnte. Zudem kann es ihr nicht zugemutet werden, im Falle einer Rückkehr in einem (teils) männlichen Körper in einer sozial weiblichen Rolle zu leben.⁵⁷⁰

Ein weiteres Beispiel stellt der Fall einer iranischen Familie dar, deren Asylgesuch in der Schweiz im Juli 2005 abgewiesen wurde. Ihr Kind wurde zweigeschlechtlich geboren, weshalb im November 2006 in der Schweiz eine Genitalkorrektur vorgenommen wurde. Die Eltern machten geltend, dass das Kind bei einer Rückkehr in den Iran Diskriminierung und sozialer Ächtung ausgesetzt wäre, weil es dort als Knabe registriert worden war.⁵⁷¹ Das BVGer überprüfte diese geänderte Sachlage unter der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Es kam zum Schluss, dass eine Wegweisung unzumutbar wäre, weil sie gegen das übergeordnete Kindesinteresse verstossen würde, weshalb die Familie in der Schweiz vorläufig aufzunehmen sei.⁵⁷²

Diese Urteile zeigen auf, dass je nach Umständen des Einzelfalls eine Geschlechtsumwandlung, die erst nach der Ausreise aus dem Herkunftsland angestrebt bzw. durchgeführt wird, nicht zwingend als Nachfluchtgrund überprüft werden muss. Vielmehr ist bei derart gelagerten Fällen im Einzelfall genau zu überprüfen, ob eine Person die Flüchtlingseigenschaft in missbräuchlicher Weise im Sinne von subjektiven Nachfluchtgründen geltend

⁵⁶⁹ Ibid., E. 7.2.

⁵⁷⁰ Ibid., E. 8.4.3, E. 8.5 sowie E. 9. Vgl. dazu auch das Urteil des BVGer E-6768/2018 vom 20.3.2020, wo es um einen Syrer ging, der im Jahr 2015 in der Schweiz aufgrund seiner Probleme im Zusammenhang mit seiner Homosexualität erfolglos ein Asylgesuch eingereicht hatte. Seine Beschwerde ans BVGer begründete er mit diversen Problemen, die er in Syrien wegen seiner Homosexualität gehabt hatte. Zudem habe er sich als Mann nie wohl gefühlt, weshalb er ein Programm zur Geschlechtsumwandlung begonnen habe. Er habe immer grosse Mühe, seine Umwandlung zur Frau vor seiner Familie zu verstecken, weshalb er zurzeit eine psychologische Beratung in Anspruch nehme, siehe E. 3.2 und E. 5.6. Das BVGer überprüfte diese beabsichtigte Geschlechtsumwandlung ebenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der subjektiven Nachfluchtgründe. Vielmehr verneinte es die persönliche Gefährdungssituation des Beschwerdeführers, woran auch die Informationen betreffend beabsichtigte Geschlechtsumwandlung nichts zu ändern vermochten, siehe E. 5.5.3 und E. 5.6.

⁵⁷¹ Urteil des BVGer D-4700/2006 vom 11.3.2010, E. 5.6 f.

⁵⁷² Ibid., E. 5.10.2 f.

macht oder ob die Konsequenzen davon im Heimatland als Verfolgungshandlungen zu werten sind oder auch nicht. Schliesslich kann eine solche Situation auch bei der Zumutbarkeit der Wegweisung eine Rolle spielen.

2. Fremde oder keine Staatsangehörigkeit

Eine asylsuchende Person darf nicht die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, den sie um Schutz ersucht. Denn nach der FK soll nur denjenigen Personen internationaler Schutz gewährt werden, die von ihren Heimatstaaten nicht geschützt werden.⁵⁷³ Dazu hielt der kanadische Supreme Court fest:

*«International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection one expects from the State of which an individual is a national. It was meant to come into play only when that protection is unavailable, and then only in certain situations.»*⁵⁷⁴

Wird eine Person mit doppelter oder mehrfacher Staatsangehörigkeit von einem ihrer Heimatstaaten verfolgt, so hat sie sich unter den Schutz des jeweils anderen Heimatstaates zu stellen.⁵⁷⁵ Nach Art. 1A Ziff. 2 Abs. 2 FK gilt eine Person nicht als des Schutzes ihres Heimatstaates beraubt, wenn sie nicht aus einem stichhaltigen, auf begründeter Furcht beruhenden Grunde den Schutz eines der Staaten, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, ablehnt.

3. Bruch der Beziehungen zum Heimat- oder Herkunftsstaat

Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 1A Ziff. 2 FK, nach welchem eine asylsuchende Person den Schutz ihres Heimatstaates nicht beanspruchen kann oder will. Ob einer Person der Schutz verweigert wurde, muss je nach den Umständen des Einzelfalls überprüft werden. Indizien dafür können sein, dass der Person die Staatsbürgerschaft entzogen oder ein Pass verweigert wurde, obwohl dies anderen Menschen mit derselben Staatszugehörigkeit zuerkannt werden würde. Anhand der drohenden Verfolgungsgefahr muss objektiv glaubhaft gemacht werden, ob der Bruch von der schutz-

⁵⁷³ CARONI ET AL., S. 525; HATHAWAY/FOSTER, S. 51.

⁵⁷⁴ Urteil des kanadischen Supreme Court *Ward v. Canada (Attorney General)* vom 30.6.1993, [1993] 2 SCR 689, S. 7009.

⁵⁷⁵ CARONI ET AL., S. 525; HATHAWAY/FOSTER, S. 55; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 41 und N. 75.

suchenden Person selbst ausgeht.⁵⁷⁶ Somit reicht der subjektive Wille einer Person, die Beziehung zu ihrem Heimatstaat abubrechen, für die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft nicht aus.⁵⁷⁷

Durch die Einreichung eines Asylgesuchs wird zumindest implizit aufgezeigt, dass die gesuchstellende Person die Beziehungen zu ihrem Heimat- oder Herkunftsstaat abgebrochen hat. Daher kommt diesem Kriterium in der Praxis kaum eine eigenständige Bedeutung zu. Das Vorliegen des Bruches wird vielmehr bei der Begründetheit der Verfolgung überprüft.⁵⁷⁸ Wird Letztere bejaht, so kann in der Regel auch davon ausgegangen werden, dass die betreffende Person den Schutz ihres Heimatstaates nicht beanspruchen kann bzw. will.⁵⁷⁹

III. Kernelement: Begründete Furcht vor Verfolgung

Das Vorliegen einer begründeten Furcht vor Verfolgung stellt das Schlüsselkonzept der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 1A Ziff. 2 FK dar. Dabei müssen gemäss Literatur und Praxis verschiedene Teilelemente vorliegen: Es braucht eine begründete Furcht vor Verfolgung bzw. vor ernsthaften Nachteilen, die gezielt gegen die verfolgte Person aufgrund eines anerkannten Verfolgungsmotivs gerichtet ist, und es fehlt am Schutz durch den Heimatstaat.⁵⁸⁰ Im Folgenden werden diese Elemente genauer ausgeführt.

1. Verfolgung i.S.v. Art. 1A Ziff. 2 FK

Um als Flüchtling anerkannt zu werden, muss eine schutzsuchende Person gemäss Art. 1A Ziff. 2 FK verfolgt werden. Der Verfolgungsbegriff stellt somit das zentralste, aber auch das komplexeste Merkmal des Flüchtlingsbegriffs dar.⁵⁸¹ Der Begriff der Verfolgung ist jedoch weder in der FK noch in einem anderen internationalen Instrument definiert.⁵⁸² Diese Tatsache lässt die in der flücht-

⁵⁷⁶ CARONI ET AL., S. 526; KÄLIN, Grundriss, S. 36 f.; UNHCR, Handbuch, Ziff. 99.

⁵⁷⁷ GRAHL-MADSEN, S. 257; KÄLIN, Grundriss, S. 36; KÄLIN/KÜNZLI, S. 545.

⁵⁷⁸ CARONI ET AL., S. 526.

⁵⁷⁹ Siehe auch UNHCR, Handbuch, Ziff. 100.

⁵⁸⁰ CARONI ET AL., S. 442 ff.; KÄLIN, Grundriss, S. 38 ff.; KÄLIN/KÜNZLI, S. 544; UNHCR, Handbuch Ziff. 37 ff.; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 216 und N. 171; zur schweizerischen Praxis siehe SEM, Handbuch Asyl und Rückführung, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.1-Ziff. 2.7; EMARK 2005 Nr. 21, E. 7 sowie statt vieler BVGer, Urteil vom 9.9.2020, D-4724/2019, E. 6.1.

⁵⁸¹ KÄLIN, Grundriss, S. 36.

⁵⁸² GRAHL-MADSEN, S. 193; GOODWIN-GILL/MCADAM, S. 67; HATHAWAY/FOSTER, S. 182; KOURULA, S. 92; UNHCR, Handbuch, Ziff. 51; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 216.

lingsrechtlichen Literatur überwiegend vertretene Schlussfolgerung zu, dass die Verfasserinnen und Verfasser der FK den Verfolgungsbegriff bewusst offen formuliert haben. Denn dadurch können alle sich in der Zukunft ergebenden Verfolgungshandlungen erfasst werden.⁵⁸³ Die Verfasserinnen und Verfasser der FK haben sodann bereits im Jahre 1950 bei der Diskussion bezüglich der Erscheinungsformen von Verfolgung anerkannt, dass Menschen, die aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen fliehen, als Flüchtlinge anerkannt werden können.⁵⁸⁴

Nach der herrschenden Lehre wird bei der Interpretation der einzelnen Elemente der Flüchtlingsdefinition – und somit auch des Verfolgungsbegriffs – die menschenrechtliche Auslegungsmethode angewendet. Diese wird, wie zuvor dargelegt, als *human rights based approach* bezeichnet.⁵⁸⁵ Da dieser Ansatz als Grundlage für die in der vorliegenden Arbeit relevanten Argumente dient, wird er im Folgenden genauer vorgestellt. Zuerst wird erklärt, durch welche Auslegungsmethoden auf den *human rights based approach* geschlossen wird. Danach werden zur Beantwortung der Frage, welche Menschenrechtsverletzungen eine Verfolgung darstellen können, die entsprechenden Lehrmeinungen präsentiert. Zudem werden die Herangehensweise des UNHCR und diejenige, die in der Qualifikationsrichtlinie (QRL) der EU angewendet wurde, erläutert. Denn die QRL ist das erste internationale Abkommen, das eine Definition des Verfolgungsbegriffs versucht hat.⁵⁸⁶ Zuletzt werden ausgewählte

⁵⁸³ GRAHL-MADSEN, S. 193; HATHAWAY/FOSTER, S. 182 ff.; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 44; UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 16. Dies ist aufgrund der dynamischen Natur der internationalen Menschenrechtsverträge unproblematisch, vgl. STOREY, *What Constitutes Persecution*, S. 277.

⁵⁸⁴ Siehe UN Doc. E/AC.32/SR.17 vom 6.2.1950, Ziff. 7: «Mr. STOLZ (*American Federation of Labor, AF of L*) recalled that people sometimes left their country for social or economic reasons, an eventuality which was not specifically mentioned in the paragraph under discussion.» und Ziff. 8: «Mr. RAIN (*France*) thought that the nature of the persecution should be described in very broad terms. In actual practice he felt sure that the people referred to by the AF of L representative would be recognized as refugees.»

⁵⁸⁵ CARONI ET AL., S. 443; HK-GFK/HRUSCHKA, Einleitung N. 19; MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 67 ff.; SFH, *Handbuch*, S. 188; VEVSTAD, S. 68; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 216 ff. Vgl. betreffend die Komplementarität zwischen Flüchtlings- und internationalem Menschenrechtsschutz einige UNHCR-Dokumente sowie die Schlussfolgerungen des UNHCR-Exekutivkomitees: UNHCR, *Auslegung von Art. 1*, Ziff. 4 f.; UNHCR, *Handbuch*, Ziff. 51; High Commissioner's Note on International Protection for 1998, (A/AC.96/898) sowie Executive Committee Conclusions No. 80 (e) (i), No. 81 (h), No. 82 (d) (vi), No. 85 (f)-(m). Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auslegungsformen der FK siehe z.B. KAMMERMANN, S. 65 ff.

⁵⁸⁶ STOREY, *What Constitutes Persecution*, S. 281.

Urteile vorgestellt, die sich besonders anschaulich auf den *human rights based approach* bei der Interpretation des Verfolgungsbegriffs gestützt haben.

A. Menschenrechte als Interpretationsmassstab

a) Auslegungsmethoden

Die Auslegung der in der FK enthaltenen Normen bringt komplexe Schwierigkeiten mit sich. Dabei fehlt ein autoritatives Überwachungsorgan, welches Interpretationsstreitigkeiten lösen könnte.⁵⁸⁷ Das UNHCR hat gemäss Art. 35 Abs. 1 FK zwar die Aufgabe, die Durchführung des Abkommens zu überwachen. Es ist jedoch nicht befugt, verbindliche Urteile oder Stellungnahmen zur Bedeutung bestimmter Vertragsbestimmungen abzugeben. Es kann nur Leitlinien zur Interpretation der FK erlassen.⁵⁸⁸ Daher müssen die generellen Regeln zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Wiener Vertragskonvention (WVK) herangezogen werden.⁵⁸⁹

Gemäss Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Dabei gibt die Präambel eines Übereinkommens Aufschluss über dessen Ziel und Zweck sowie auch über den Zusammenhang seiner Bestimmungen.⁵⁹⁰ In der Präambel der FK wird auf die UNO-Charta⁵⁹¹ sowie die allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)⁵⁹² verwiesen. Der zweite Absatz der Präambel legt als Grundsatz fest, dass «*die Menschen ohne Unterschied die Menschenrechte und Freiheitsrechte geniessen sollen*» und dass die UNO deren Ausübung in möglichst weitem Umfang zu gewährleisten versucht. Aus dem Wortlaut der Präambel schliesst das UNHCR, dass die FK bezwecke, bei der Identifikation sowie Behandlung von Flüchtlingen die Menschenrechte zu berücksichtigen. Danach dienen die Menschenrechte folglich als Anleitung für die Interpretation der FK-Bestimmungen.⁵⁹³

⁵⁸⁷ HATHAWAY/FOSTER, S. 3.

⁵⁸⁸ MCADAM, Interpretation, S. 79; vgl. auch MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 25.

⁵⁸⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (SR 0.111). Für eine eingehende Diskussion der Interpretation des Flüchtlingsbegriffs nach der WVK siehe MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 28 ff.

⁵⁹⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 2, 1. Satz WVK; HATHAWAY/FOSTER, S. 9 f.; HK-GFK/HRUSCHKA, Einleitung N. 19, Art. 1 N. 10 sowie Art. 38 N. 16.

⁵⁹¹ Charta der Vereinten Nationen vom 26.06.1945, SR 0.120.

⁵⁹² Verabschiedet am 10.12.1948 durch die UNO-Generalversammlung.

⁵⁹³ UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 4.

Es ist zu beachten, dass sich die Arten von Verfolgung im Laufe der Zeit ändern können. Heute wird davon ausgegangen, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht in seiner Bedeutung verharren muss, sondern sich an verändernde Umstände anpassen kann. Dabei spricht man von einer evolutiven oder dynamischen Auslegungsmethode.⁵⁹⁴ Wendet man diese auf die FK an, wird bei der Definition des Flüchtlingsbegriffs den sich verändernden Umständen Rechnung getragen, unter denen Menschen in der ganzen Welt Verfolgung ausgesetzt sind.⁵⁹⁵

Die evolutive Auslegungsmethode bestimmt allerdings nicht, welches die aktuell vorherrschenden Umstände sind, die für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags massgebend sind. Dazu muss die menschenrechtliche Auslegungsmethode herangezogen werden. Nach der menschenrechtsbasierten Interpretation müssen die im Auslegungszeitpunkt herrschenden Umstände mit Bezug auf universell breit abgestützte UNO-Menschenrechtsabkommen bestimmt werden.⁵⁹⁶ Völkerrechtliche Verträge sollen somit im Einklang mit dem zum Zeitpunkt der Auslegung bestehenden völkerrechtlichen Kontext interpretiert werden.⁵⁹⁷

b) *Der human rights based approach in der Lehre*

Der *human rights based approach* ist auf GRAHL-MADSEN zurückzuführen. Er bezog sich in seinem Werk aus dem Jahr 1966 auf internationale Menschenrechtsnormen bei der Interpretation von Verfolgung.⁵⁹⁸ Dabei lieferte er eine Liste von Menschenrechtsverletzungen, die als Verfolgungshandlung qualifiziert werden können, allen voran die Gefährdung des Lebens eines Menschen, aber auch eine schwerwiegende Gefährdung der Gesundheit einer Person.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ PEHL, S. 107 f.

⁵⁹⁵ MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 63. Damit wird anerkannt, dass die FK ein «living instrument» ist: HATHAWAY/FOSTER, S. 183; HK-GFK/FREI/HRUSCHKA, Art. 38 N. 16; MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 64.

⁵⁹⁶ CARONI ET AL., S. 443; HATHAWAY/FOSTER, S. 9; MOTZ, *Flüchtlinge mit Behinderung*, S. 68 f.

⁵⁹⁷ HATHAWAY, *Rights of Refugees*, S. 158 mit Bezug auf das Urteil des IGH *Case concerning right of passage over Indian territory (Portugal gegen Indien)* Preliminary Objections vom 26.11.1957, ICJ Rep 125, S. 142.

⁵⁹⁸ GRAHL-MADSEN, S. 195, wo er gewisse Rechte aus der AEMR auflistet, deren willkürliche Verletzung Verfolgung darstellt.

⁵⁹⁹ GRAHL-MADSEN, S. 201. In Bezug auf WSK-Rechte hielt er z.B. betr. das Recht auf Arbeit fest, dass nur sehr schwerwiegende Verletzungen eine Verfolgung darstellen können, vgl. S. 201-209.

Seit GRAHL-MADSENS Werk haben Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler verschiedene Erklärungsversuche unternommen, wann Menschenrechtsverletzungen eine Verfolgung darstellen.⁶⁰⁰ Alle modernen Ansätze, die Menschenrechtskriterien in die Definition von Verfolgung einbeziehen, leiten sich mehr oder weniger stark von HATHAWAYS berühmter Theorie der vierstufigen «Hierarchie der Rechte» aus dem Jahr 1991 ab.⁶⁰¹ HATHAWAY nahm dabei eine Unterscheidung vor zwischen Rechten, bei denen eine Derogation möglich ist, und solchen, von denen nicht abgewichen werden darf, sowie zwischen UNO-Pakt I-Rechten und solchen, die in keinem der beiden UNO-Pakten enthalten sind.⁶⁰² Er umschrieb Verfolgung in seinem Grundlagenwerk *The Law of Refugee Status* als «sustained or systemic denial of human rights demonstrative of a failure of state protection».⁶⁰³

Diese Anforderung, dass Menschenrechtsverletzungen immer andauernd und systematisch sein müssen, um als Verfolgung zu gelten, wurde in der Literatur kritisiert. Denn durch diese Bedingung wird eine Art der Wiederholung der Menschenrechtseingriffe vorausgesetzt, wodurch einzelne schwerwiegende Verletzungen, wie beispielsweise Mord oder Folter, nicht als Verfolgung qualifiziert würden.⁶⁰⁴

Im überarbeiteten Werk, das HATHAWAY zusammen mit FOSTER im Jahr 2014 publiziert hat, findet sich zwar dieselbe Umschreibung wieder.⁶⁰⁵ Doch sie halten fest, dass sich die andauernde Gefahr einer Menschenrechtsverletzung auch in einer einzigen Schadenszufügung manifestieren könne.⁶⁰⁶ Der neuseeländische *High Court* beschrieb dies wie folgt:

«The act or event could on rare occasions be a single act (such as torture), but what is necessary for a refugee claimant to establish (in a clear and Convention way) is that the State to which he or she does not wish to return has displayed

⁶⁰⁰ Für die Diskussion dieser verschiedenen Theorien siehe MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 128-137.

⁶⁰¹ STOREY, *Working Definition*, S. 469.

⁶⁰² HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, S. 109-111.

⁶⁰³ HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, S. 104 f.

⁶⁰⁴ GOODWIN-GILL/MCADAM, S. 67 f.; STOREY, *What Constitutes Persecution*, S. 279; STOREY, *Working Definition*, S. 517. EDWARDS merkt generell an, dass der Schutz des Flüchtlingsrechts nicht zu strikt an die internationalen Menschenrechtsnormen angeglichen werden solle. Sie begründet dies damit, dass gewisse schädigende Handlungen noch nicht als Menschenrechtsverletzung kodifiziert worden seien, aber dennoch eine Verfolgungshandlung darstellen könnten: EDWARDS, *International Refugee Law*, S. 545 sowie EDWARDS, *Age and Gender*, S. 80.

⁶⁰⁵ HATHAWAY/FOSTER, S. 183 und S. 195.

⁶⁰⁶ HATHAWAY/FOSTER, S. 195 Fn. 78.

*an inability to protect the claimant. The wrongful act or acts directed against a complainant may be different to the continuing actions of a State in failing to protect its citizen. This leads to such failure being likely to continue to provide such protection in the future, so as to justify a well-founded fear of persecution continuing.»*⁶⁰⁷

HATHAWAY und FOSTER kamen auch von der vierstufigen Hierarchie der Rechte ab. So nehmen sie keine Unterscheidung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten von WSK-Rechten mehr vor und verwerfen damit eine entsprechende Hierarchie.⁶⁰⁸ Stattdessen konzentrieren sie sich auf die allgemeine Akzeptanz einer Menschenrechtsnorm. Sie stellen fest, dass alle Rechte der UNO-Pakte, des ICERD, des CEDAW, der KRK sowie der BRK diese Schwelle erfüllen.⁶⁰⁹ Voraussetzung ist, dass der entstandene Schaden ein hinreichend schweres Ausmass erreicht hat (*«de minimis harm»*).⁶¹⁰

Spezifisch betreffend die Frage, ob die Verletzung von sozialen Rechten eine Verfolgung darstellen könne, sind ZIMMERMANN und MAHLER der Ansicht, dass eine solche Verletzung zur Erlangung von Asylrelevanz so schwerwiegend sein muss, dass sie zu einem unwürdigen bzw. unmenschlichen Leben führt.⁶¹¹ STOREYS Verfolgungsdefinition beinhaltet u.a. *«violations of basic socio-economic rights.»*⁶¹² VEVSTAD merkt an, dass in Fällen, in denen ein Staat seinen Pflichten betreffend wirtschaftliche und soziale Rechte nicht nachkommt, eine Situation von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung entstehen könnte, welche dann als Verfolgung qualifiziert werden könne.⁶¹³ FOSTER hat sich intensiv mit dieser Thematik auseinandergesetzt. In ihrem Werk *International Refugee Law and Socio-Economic Rights* aus dem Jahr 2007 untersuchte sie verschiedene, vor-

⁶⁰⁷ Urteil des New Zealand High Court *K v. Refugee Status Appeals Authority* (No. 2) vom 5.10.2004, [2005] NZAR 441, E. 19.

⁶⁰⁸ HATHAWAY/FOSTER, S. 207. Vgl. dazu auch STOREY, *Working Definition*, S. 469 f. Für eine vertiefte Diskussion der Gründe gegen eine Hierarchie der Menschenrechte siehe FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 157-168.

⁶⁰⁹ HATHAWAY/FOSTER, S. 201 f. und S. 204 f. MARTIN hingegen vertritt die Meinung, dass die Annahme von Verfolgung bei einer Verletzung aller Rechte der UNO-Pakte zu weit gehen könnte, da die Flüchtlingseigenschaft in diesen Fällen zu einfach bejaht werden würde. Daher schliesse das Konzept der Verfolgung nicht die gesamte Spannweite der im UNO-Pakt I und UNO-Pakt II aufgelisteten Rechte ein, siehe MARTIN, S. 350. Diese Ansicht wurde durch nachfolgende Rechtsprechung nicht gestützt, siehe dazu FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 111 Fn. 101.

⁶¹⁰ HATHAWAY/FOSTER, S. 207. So auch HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 45 und N. 48.

⁶¹¹ ZIMMERMANN/MAHLER, N. 257.

⁶¹² STOREY, *Working Definition*, S. 518.

⁶¹³ VEVSTAD, S. 71.

wiegend angelsächsische Rechtsprechung sowie auch Lehrmeinungen dazu.⁶¹⁴ Sie zog die Schlussfolgerung, dass diese Entscheidungsträger dann eine Verfolgung bejahen, wenn der Kern eines WSK-Rechts verletzt wurde. Der Kern eines Rechts ist der jeweiligen Allgemeinen Bemerkung des Ausschusses für WSK-Rechte zu entnehmen. Sie weist zusätzlich darauf hin, dass mehrere Verletzungen eines Rechts in Kombination als Verfolgung angesehen werden können, auch wenn keine Kernpflichten eines Rechts verletzt wurden.⁶¹⁵ Dazu führte die neuseeländische *Refugee Status Appeals Authority* aus:

«While it is well-established in refugee jurisprudence that a refugee claim may be founded on a violation of one or more economic, cultural or social rights contained in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), it is important to stress that a refugee claimant must establish a real chance of being persecuted in their country of origin for a Convention reason. The breach must go to the core of the right and must occasion serious harm. A breach at the margins of a right or one that does not bring about serious harm, will not reach the being persecuted threshold.»⁶¹⁶

Für die Bejahung einer Verfolgungshandlung muss folglich eine Verletzung eines Menschenrechts, wie es in einem breit abgestützten Menschenrechtsabkommen der UNO enthalten ist, vorliegen oder drohen. Diese (potenzielle) Verletzung muss schliesslich eine gewisse Intensität aufweisen, also den Kern eines Rechts berühren und dadurch einen ernsthaften Schaden verursachen.

c) Herangehensweise des UNHCR

Nach dem UNHCR-Handbuch aus dem Jahr 1979 lässt sich aus Art. 33 FK ableiten, dass eine Bedrohung des Lebens oder der Freiheit eines Menschen immer eine Verfolgung darstellt. Dabei anerkannte das UNHCR, dass auch andere schwerwiegende Verstösse gegen die Menschenrechte eine Verfolgung darstellen können.⁶¹⁷ Es anerkannte weiter, dass eine gesuchstellende Person die begründete Furcht haben kann, aus kumulativen Gründen verfolgt zu werden. So kann diese Person verschiedenen Massnahmen ausgesetzt sein, die für sich genommen keine Verfolgung darstellen, wie z.B. verschiedene Diskriminierungen. Kommen jedoch noch weitere negative Faktoren hinzu, wie beispielsweise eine generelle Unsicherheit im Herkunftsland, so können diese verschiede-

⁶¹⁴ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 91 ff.

⁶¹⁵ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 195-200. Sie weist darauf hin, dass auch HATHAWAY diese Methode anerkannte, siehe HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, S. 120.

⁶¹⁶ Urteil der RSAA vom 14.11.2007, Nr. 76015, Ziff. 37.

⁶¹⁷ UNHCR, *Handbuch*, Ziff. 51.

nen Umstände in ihrer Gesamtheit aus kumulativen Gründen einen Anspruch wegen begründeter Furcht vor Verfolgung rechtfertigen.⁶¹⁸ Ansonsten stellen Diskriminierungen nur dann eine Verfolgung dar, wenn sie zu Folgen führen, die für die betreffende Person von erheblichem Nachteil sind. Beispiele dafür sind schwerwiegende Einschränkungen des Rechts, den Lebensunterhalt zu verdienen, eine Religion auszuüben oder des Zugangs zu normal verfügbaren Bildungseinrichtungen.⁶¹⁹ Diskriminierende Massnahmen, die für sich genommen keinen schwerwiegenden Charakter haben, können also eine begründete Furcht vor Verfolgung auslösen, wenn sie bei der betreffenden Person ein Gefühl der Besorgnis und der Unsicherheit in Bezug auf ihre künftige Existenz hervorrufen. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁶²⁰

Im Jahr 2001 hat das UNHCR die Entwicklung der Bedeutung des Verfolgungsbegriffs im Lichte der internationalen Menschenrechtsvorschriften wie folgt erläutert:

*«The on-going development of international human rights law subsequent to the adoption of the 1951 Convention has helped to advance the understanding, expressed in the UNHCR Handbook, that persecution comprises human rights abuses or other serious harm, often but not always with a systematic or repetitive element.»*⁶²¹

Zudem hat das UNHCR explizit anerkannt, dass die Verletzung von WSK-Rechten eine Verfolgung darstellen kann. Dies ist dann der Fall, wenn dadurch die Kernelemente des entsprechenden Rechts nicht realisiert werden können.⁶²² So könne beispielsweise die Verweigerung einer medizinischen Behandlung, insbesondere wenn ein betreffendes Kind an einer lebensbedrohlichen Krankheit leidet, einer Verfolgung gleichkommen:

*«Similarly, a denial of medical treatment, particularly where the child concerned suffers from a life-threatening illness, may amount to persecution. Persecution may also be established through an accumulation of a number of less serious violations. This could, for instance, be the case where children with disabilities or stateless children lack access to birth registration and, as a result, are excluded from education, health care and other services.»*⁶²³

⁶¹⁸ UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 17; UNHCR, Handbuch, Ziff. 53.

⁶¹⁹ UNHCR, Handbuch, Ziff. 54.

⁶²⁰ UNHCR, Handbuch, Ziff. 55.

⁶²¹ UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 17.

⁶²² UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 35.

⁶²³ UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 35 mit Verweis auf das Urteil des RRT vom 10.6.1994, N94/04178, siehe Näheres zu diesem Fall in [Kapitel 4 unter I. 2.](#)

Gemäss UNHCR kann die Verweigerung von WSK-Rechten für die Beurteilung des Asylanspruchs eines Kindes ebenso relevant sein wie wenn dessen bürgerliche und politische Rechte verletzt werden. Das UNHCR betont die Wichtigkeit, bestimmten Verletzungen nicht automatisch eine grössere Bedeutung beizumessen als anderen. Vielmehr seien die Gesamtauswirkungen des Schadens auf das betreffende Kind zu bewerten.⁶²⁴

d) Herangehensweise in der Qualifikationsrichtlinie

Die Qualifikationsrichtlinie (QRL) der EU⁶²⁵ ist das erste internationale Abkommen – wenn auch nur mit regionaler Geltung – das den Versuch gewagt hat, Verfolgung zu definieren.⁶²⁶ Dabei hat sie den menschenrechtlichen Ansatz explizit übernommen. Denn um als Verfolgung im Sinne der FK zu gelten, muss eine Handlung

- a) *«aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend sein, dass sie eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt, insbesondere der Rechte, von denen gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten keine Abweichung zulässig ist, oder*
- b) *in einer Kumulierung unterschiedlicher Maßnahmen, einschliesslich einer Verletzung der Menschenrechte, bestehen, die so gravierend ist, dass eine Person davon in ähnlicher wie der unter Buchstabe a beschriebenen Weise betroffen ist.»*⁶²⁷

Der zweite Absatz enthält den Versuch, Verfolgungshandlungen zu spezifizieren. Dabei wurde ausdrücklich eine nicht abschliessende Liste erstellt: *«Als Verfolgung ... können unter anderem die folgenden Handlungen gelten.»*⁶²⁸ Nach Ansicht von STOREY wird dadurch ermöglicht, *«to say what persecution is in relatively simple terms yet preserves the need to ensure that scope is left for further development.»*⁶²⁹ Er stellt sich zudem auf den Standpunkt, dass Art. 9 Abs. 1 lit. b QRL Verletzungen von WSK-Rechten beinhalten sollte, die allenfalls

⁶²⁴ UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 14.

⁶²⁵ Richtlinie 2011/95/EU. Gemäss Art. 42 QRL ist diese Richtlinie an die EU-Mitgliedstaaten gerichtet. Somit ist sie für die Schweiz nicht anwendbar.

⁶²⁶ STOREY, What Constitutes Persecution, S. 281.

⁶²⁷ Art. 9 Abs. 1 QRL.

⁶²⁸ Art. 9 Abs. 2 QRL; STOREY, What Constitutes Persecution, S. 280.

⁶²⁹ STOREY, Working Definition, S. 470–472. Er hat versucht, einige zusätzliche Verfolgungshandlungen zu denjenigen aus Art. 9 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie zu identifizieren, siehe seine Zusammenfassung auf S. 518.

für sich allein genommen die Schwelle zur Verfolgung noch nicht überschreiten, bei kumulativen Verletzungen jedoch schon.⁶³⁰

e) *Ausgewählte Rechtsprechung zum human rights based approach*

Die menschenrechtliche Auslegungsmethode des Verfolgungsbegriffs ist vor allem in der angelsächsischen Rechtsprechung vorherrschend.⁶³¹ Nachfolgend werden einschlägige Entscheide aufgeführt, in denen diese Auslegungsmethode explizit anerkannt wurde. Der kanadische *Supreme Court* beispielsweise nahm im Grundsatzentscheid aus dem Jahr 1993 Bezug auf HATHAWAYS Modell⁶³² und bestätigte darin den *human rights based approach*:

*«Underlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination.»*⁶³³

Auf dieses *Ward*-Urteil stützte sich z.B. die neuseeländische *Refugee Status Appeals Authority* und erklärte im Jahr 1996, dass eine menschenrechtsbasierte Auslegung des Flüchtlingsrechts der angemessene Standard sei.⁶³⁴ In der Rechtsprechung des Vereinigten Königreichs wurde ebenfalls bereits in den 90er Jahren festgelegt, dass international akzeptierte Menschenrechtsstandards bei der Flüchtlingsdefinition herangezogen werden müssen.⁶³⁵ So hielt *Lord Bingham* in einem Leitentscheid des britischen Asylrechts fest:

«It is well-established that the Convention must be interpreted in accordance with its broad humanitarian objective and having regard to the principles, expressed in the preamble, that human beings should enjoy fundamental rights

⁶³⁰ STOREY, Working Definition, S. 499.

⁶³¹ In Australien siehe z.B. das Urteil des HCA Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar vom 11.4.2002, [2002] HCA 14, N 111 ff. In Kanada siehe z.B. das Urteil des SCC Canada (Attorney-General) v. Ward vom 30.6.1993, [1993] 2 S.C.R. 689 oder das Urteil des SCC, Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) vom 19.10.1995, [1995] 3 S.C.R. 593, E. 41. In Neuseeland siehe z.B. das Urteil der RSAA vom 7.7.2004, Nr. 74665/03, Ziff. 89. In den USA siehe z.B. das Urteil des Supreme Court INS v. Cardoza-Fonseca vom 9.3.1987, [1987] 480 U.S. 421 und im Vereinigten Königreich siehe z.B. das Urteil des UKHL Horvath v. SSHD vom 6.7.2000, [2000] UKHL 37 (Lord Clyde) oder das Urteil des UKHL Sepet (FC) and Another (FC) v. SSHD vom 20.3.03, [2003] UKHL 15, E. 41.

⁶³² Urteil des SCC Canada (Attorney-General) v. Ward vom 30.6.1993, [1993] 2 S.C.R. 689, S. 734 lit. a.

⁶³³ Ibid., Canada (Attorney-General) v. Ward, S. 733 lit. e.

⁶³⁴ Urteil des RSAA RE MN vom 12.2.1996, Nr. 2039/93.

⁶³⁵ Urteil des Court of Appeal (England and Wales) Senathirajah Ravichandran v. Secretary of State for the Home Department vom 11.10.1995.

*and freedoms without discrimination and that refugees should enjoy the widest possible exercise of these rights and freedoms.»*⁶³⁶

Auf diese Aussage sowie auf die ursprüngliche Qualifikationsrichtlinie des Europäischen Parlaments und Rates aus dem Jahr 2004 verwies sodann der *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs, wodurch er die menschenrechtsbasierte Interpretation des Flüchtlingsbegriffs bestätigte.⁶³⁷

Derselbe Ansatz wird auch von gewissen europäischen Gerichten angewendet.⁶³⁸ So betonte z.B. die Dritte Kammer des Obersten Gerichtshofs von Spanien, dass der fehlende Schutz bzw. die soziale, politische oder rechtliche Marginalisierung von Frauen, durch welche deren Menschenrechte in offensichtlicher und schwerer Weise verletzt werden, einen Asylgrund darstellen könne:

*«Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (...); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (...).»*⁶³⁹

Auch nach Ansicht des Obersten Verwaltungsgerichts von Polen kann Verfolgung in verschiedenen Formen auftreten,

*«because human rights are universal rights. Also the Geneva Convention states it clearly. This is a point where deliberation on asylum seekers starts. If the assessment of whether human rights were violated is based on what is perceived as a violation in the country of origin, these rights would be undermined (...). Asylum seekers flee from countries where regimes abuse basic rights and freedoms. Usually these regimes are based on tradition, custom, ideology or religion.»*⁶⁴⁰

⁶³⁶ Urteil des House of Lords, *Secretary of State for the Home Department gegen K und Fornah gegen Secretary of State for the Home Department*, vom 10.10.2006, [2006] UKHL 46, Ziff. 10.

⁶³⁷ Urteil des UK Supreme Court *RT (Zimbabwe) and others v. Secretary of State for the Home Department* vom 25.7.2012, [2012] UKSC 38, Ziff. 30 ff.

⁶³⁸ CARONI ET AL., S. 443; HATHAWAY/FOSTER, S. 196. Vgl. dazu EMARK 2006 Nr. 32, Auszug aus dem Urteil der ARK vom 9.10.2006 i.S. W.H., Äthiopien, in welchem die Kommission betreffend das Verständnis des Flüchtlingsbegriffs in E. 8.7.1. auf Art. 2 AEMR, Art. 14 EMRK und Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II sowie in E. 8.7.3 auf das CEDAW verweist.

⁶³⁹ Urteil des Tribunal Supremo vom 11.5.2009, STS 2781/2009.

⁶⁴⁰ Urteil des Naczelny Sąd Administracyjny *NSA v. SA* vom 24.8.2000, 1781/99 (enthalten in ECRE, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, October 2008, S. 144).

Somit zeigt sich, dass in der Staatenpraxis weitgehende Einigkeit darüber besteht, dass der Verfolgungsbegriff sowie die übrigen Voraussetzungen der Flüchtlingsdefinition im Lichte der Menschenrechte auszulegen sind.

f) Kumulationsbetrachtung

Die Bandbreite an Asylgesuchen, die von Gerichtshöfen und Tribunalen bei Verletzungen von WSK-Rechten berücksichtigt wird, hat sich in den letzten Jahrzehnten beträchtlich erweitert. Die meisten Rechtsprechungsorgane beurteilen dabei den Verfolgungsbegriff auf der Grundlage einer Kumulation von allen Nachteilen, die eine Person zu befürchten hat, auch wenn einige dieser Nachteile für sich genommen nicht für die Annahme einer Verfolgung ausreichen würden.⁶⁴¹ In manchen Entscheiden wird bei der Kumulationsbetrachtung⁶⁴² z.T. explizit auf Rechte aus dem UNO-Pakt I Bezug genommen, wie beispielsweise auf das Recht auf Arbeit (Art. 6), das Recht auf angemessenen Lebensstandard (Art. 11) oder das Recht auf Gesundheit (Art. 12).⁶⁴³

Diese Kumulationsbetrachtung wurde beispielsweise im Fall eines gegen die chinesische Ein-Kind-Politik geborenen Kindes angewendet. Das kanadische Berufungsgericht entschied, dass das Kind bei einer Wegweisung nach China Opfer von gezielter und schwerwiegender Diskriminierung werden würde. Es würde beispielsweise bezüglich des Zugangs zu medizinischer Versorgung, zu Bildungs- und Beschäftigungsmöglichkeiten und sogar zu Nahrung diskriminiert werden. Diese kumulierten Menschenrechtseingriffe kämen einer Ver-

⁶⁴¹ FOSTER, S. 91 ff.; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 230. Siehe z.B. all die Diskriminierungen im Iran gegenüber Angehörigen der Mandäer-Religionsgemeinschaft im Urteil des australischen Federal SBAS v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs vom 30. 5.2003, [2003] FCA 528, Ziff. 58. Auch die kanadische Rechtsprechung geht davon aus, dass Verfolgung aus kumulativen Gründen angenommen werden kann, vgl. z.B. Urteil des Federal Court of Appeal Canada (Citizenship and Immigration) v. Munderere vom 5.3.2008, 2008 FCA 84, A-211-07; Urteil des Federal Court Gorzas v. Canada (Citizenship and Immigration) vom 6.5.2009, 2009 FC 458, IMM-4832-08; Urteil des Federal Court Ramirez v. Canada (Citizenship and Immigration) vom 11.4.2008, 2008 FC 466, IMM-3659-07. Das BV-Ger prüft die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Heimatland bei der Zumutbarkeit der Wegweisung, vgl. Urteil vom 2.11.2007, D-7298/2006, E. 4.3.1 ff.

⁶⁴² Den Begriff der «Kumulationsbetrachtung» verwendet das deutsche Bundesverwaltungsgericht, siehe dessen Urteil vom 20.2.2013, 10 C 23.12, E. 36.

⁶⁴³ Siehe z.B. das Urteil der neuseeländischen RSAA vom 4.7.1996, Nr. 2376/95 oder deren Urteil vom 5.8.1994, Nr. 732/92. Siehe auch das Urteil des Asylum and Immigration Tribunal des UK vom 25.2.2008, [2008] UKAIT 00014. Für die einschlägigen Beispiele zum Recht auf Gesundheit siehe [Kapitel 4 unter I. 1.](#)

folgung gleich.⁶⁴⁴ So urteilte auch der australische *High Court* in einem Entscheid:

«Ordinarily, denial of access to food, shelter, medical treatment and, in the case of children, denial of an opportunity to obtain an education involve such a significant departure from the standards of the civilized world as to constitute persecution.»⁶⁴⁵

Als weiteres Beispiel dient ein kanadisches Urteil aus dem Jahr 2019. Der HIV-positive Beschwerdeführer aus Uganda machte «cumulative discrimination amounting to persecution» geltend.⁶⁴⁶ Nach Ansicht der Vorinstanz *Refugee Protection Division* (RPD) wäre der Beschwerdeführer in Uganda keiner Verfolgung aufgrund der geltend gemachten Diskriminierungen ausgesetzt. Die *Refugee Appeal Division* (RAD) des *Immigration and Refugee Board* (IRB) hielt dazu Folgendes fest:

«However the RPD failed to consider the different types of harm faced by HIV-positive individuals and its cumulative effects amounting to persecution. Discrimination can amount to persecution where it is repetitive, persistent and has consequences such as serious bodily harm, torture, injury, or denial of fundamental rights. Whether the treatment alleged amounts to persecution is factually based and depends on the particular circumstances of an individual.»⁶⁴⁷

Die RAD kam zum Schluss, dass HIV-positive Menschen in Uganda diversen Diskriminierungen und Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt sind, u.a. der Verweigerung von medizinischen Leistungen. Daher bestehe für den Beschwerdeführer mehr als nur die bloße Möglichkeit einer Verfolgung aufgrund seiner HIV-Erkrankung, für die es keinen staatlichen Schutz gäbe. Somit sei er als Flüchtling in Kanada anzuerkennen.⁶⁴⁸

Auch das UNHCR bejaht, wie bereits erwähnt, in dessen Handbuch die Verfolgung aus kumulativen Gründen:

«In such situations, the various elements involved may, if taken together, produce an effect on the mind of the applicant that can reasonably justify a claim to well-founded fear of persecution on <cumulative grounds>. needless to say, it is not possible to lay down a general rule as to what cumulative reasons can give

⁶⁴⁴ Urteil des FCA *Cheung v. Canada* vom 1.4.1993, [1993] 2 F.C. 314.

⁶⁴⁵ Urteil des australischen High Court *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs* vom 13.4.2000, [2000] HCA 19, Ziff. 29.

⁶⁴⁶ Urteil des IRB X (Re) vom 3.1.2019, Nr. TB7-21967, Ziff. 9.

⁶⁴⁷ Ibid., Ziff. 14.

⁶⁴⁸ Ibid., Ziff. 19-21.

*rise to a valid claim to refugee status. This will necessarily depend on all the circumstances, including the particular geographical, historical and ethnological context.»*⁶⁴⁹

Mehrere diskriminierende Handlungen oder mehrere Menschenrechtsverletzungen können folglich dann eine Verfolgung darstellen, wenn durch deren Kumulation die Menschenwürde oder die grundlegenden Menschenrechte der betreffenden Person verletzt werden.⁶⁵⁰

g) Zwischenfazit zum *human rights based approach*

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei der Auslegung des Verfolgungsbegriffs gemäss *human rights based approach* auf universell breit abgestützte UNO-Menschenrechtsabkommen – und somit auch auf den UNO-Pakt I – Bezug genommen wird. Die Berücksichtigung von Menschenrechtsnormen fördert das sachgerechte Verständnis der möglichen Verfolgungshandlungen und ist somit m.E. für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft unerlässlich.

Dabei kommt nicht jeder Eingriff in ein Menschenrecht einer Verfolgung gleich. Eine Verfolgung ist dann zu bejahen, wenn eine Menschenrechtsverletzung vorliegt, die eine gewisse Intensität aufweist. Ein Eingriff in ein Menschenrecht, der auf eine systematische Weise erfolgt ist, stellt ein mögliches, nicht aber ein notwendiges Element der Verfolgung dar. So kann auch eine einzelne schwerwiegende Menschenrechtsverletzung als Verfolgung qualifiziert werden. Solange die Gefahr der Verweigerung eines allgemein anerkannten internationalen Menschenrechts andauert, besteht eine Verfolgungsgefahr, welche den Schutz der FK auslöst.

Schliesslich ist von der Lehre, verschiedenen Rechtsprechungsorganen sowie vom UNHCR anerkannt worden, dass auch die Verletzung von WSK-Rechten als Verfolgung qualifiziert werden kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn dadurch die Kernelemente des entsprechenden Rechts nicht realisiert werden können. Zudem gelten insbesondere mehrere diskriminierende Handlungen oder mehrere Menschenrechtsverletzungen als Verfolgung, wenn durch deren

⁶⁴⁹ UNHCR, Handbuch, Ziff. 53.

⁶⁵⁰ Entscheid der neuseeländischen RSAA Re MN vom 12.2.1996, Nr. 2039/93 sowie deren Urteil vom 16.8.2000, Nr. 71427/99, E. 53a). Siehe auch den Entscheid des neuseeländischen Immigration and Protection Tribunal BG (Fiji) vom 20.1.2012, [2012] NZIPT 800091, Ziff. 100 ff. Siehe auch den Entscheid des IRB vom 27.2.2003, Nr. VA1-02828, VA1-02826, VA1-02827, VA1-02829 oder das Urteil des FCA vom 22.1.2007, 2007 FC 58 oder dessen Urteil *Canada (Citizenship and Immigration) v. Oh* vom 22.5.2009, 2009 FC 506, Ziff. 10. Siehe FOSTER, S. 105 f. mit weiteren Beispielen.

Kumulation die Menschenwürde oder die grundlegenden Menschenrechte der betreffenden Person verletzt werden.

B. Ernsthafte Nachteile i.S.v. Art. 3 AsylG

In der schweizerischen Asylpraxis wird nicht explizit eine menschenrechtsbasierte Auslegungsmethode des Verfolgungsbegriffs unterstützt.⁶⁵¹ So wird in Art. 3 Abs. 1 AsylG der Begriff der Verfolgung nicht ausdrücklich erwähnt, sondern es ist von Furcht vor ernsthaften Nachteilen die Rede. Im zweiten Absatz sind Beispiele ernsthafter Nachteile enthalten, namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken.

Für die Annahme der Gefährdung des Leibes oder des Lebens einer Person wird vorausgesetzt, dass eine Schädigung ihrer psychischen oder physischen Gesundheit vorliegt. Dabei genügt eine vorübergehende Störung des Wohlbefindens, z.B. durch Schläge, nicht. Hingegen darf auch nicht verlangt werden, dass bleibende Schäden bei der betreffenden Person vorliegen oder dass sie sich einer ärztlichen Behandlung unterziehen muss bzw. musste. Ebenfalls keine Rolle spielt, ob der Eingriff rückgängig gemacht oder die Verletzung geheilt werden kann. Entscheidend ist die Gesamtwürdigung der Intensität der erlittenen Nachteile.⁶⁵²

Das Kriterium des unerträglichen psychischen Drucks erfasst Verfolgungsmassnahmen, die gegen andere Rechtsgüter als den Leib, das Leben oder die Freiheit gerichtet sind.⁶⁵³ Das BVGer geht dann von einem unerträglichen psychischen Druck i.S.v. Art. 3 AsylG aus,

«wenn einzelne Personen oder Teile einer Bevölkerung systematisch schweren oder wiederholten Eingriffen in ihre Menschenrechte durch den Staat ausgesetzt sind und diese Eingriffe eine derartige Intensität erreichen, dass ein menschenwürdiges Leben nicht mehr möglich erscheint.»⁶⁵⁴

⁶⁵¹ CARONI ET AL., S. 443; MOTZ, Flüchtlinge mit Behinderungen, S. 75.

⁶⁵² GRAHL-MADSEN, S. 201; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.5.1; WERENFELS, S. 266.

⁶⁵³ EPINEY ET AL., S. 42; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.5.2.

⁶⁵⁴ Vgl. BVGE 2013/11 E. 5.4.2 m.w.H. oder BVGE 2010/28, E. 3.3.1.1. Siehe auch EMARK 2005 Nr. 21, E. 10.3.1; EMARK 2000 Nr. 17, E. 11b); EMARK 1996 Nr. 28, E. 3c.dd; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.5.2 oder KÄLIN, Grundriss, S. 59; STÖCKLI, N. 14.32 oder WERENFELS, S. 196 f.

Für die Annahme von ernsthaften Nachteilen muss folglich immer ein Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut vorliegen (objektives Element).⁶⁵⁵ Da in Art. 3 Abs. 2 AsylG die Rede von *ernsthaften* Nachteilen ist, muss dieser Eingriff so- dann eine gewisse Intensität aufweisen,⁶⁵⁶ sodass der weitere Verbleib im Heimatstaat bzw. eine Rückkehr dorthin als unzumutbar angesehen wird (subjektives Element). Dabei kommt es auf die Art, die Schwere und Häufigkeit sowie die Systematik der erlittenen bzw. drohenden Nachteile an.⁶⁵⁷

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Umschreibung der ernsthaften Nachteile im Wesentlichen den bereits aufgeführten Erwägungen zur Definition des Verfolgungsbegriffs nach der FK entspricht. So wird denn auch davon ausgegangen, dass der Flüchtlingsbegriff des schweizerischen Asylgesetzes mit demjenigen der FK übereinstimmt.⁶⁵⁸ Durch die genauere Umschreibung der ernsthaften Nachteile in Art. 3 AsylG wurde bezweckt, den in Art. 1A Ziff. 2 FK nicht definierten Verfolgungsbegriff zu klären.⁶⁵⁹ Dazu führte der Bundesrat in der Botschaft zum AsylG aus:

*«In dieser Auslegung und Umschreibung der asylrechtlich relevanten Verfolgungselemente entspricht der schweizerische Flüchtlingsbegriff der von der Flüchtlingskonvention ausgehenden Praxis der umliegenden Länder und anderer Aufnahmestaaten. Mit dieser präziseren Begriffsumschreibung deckt sich die schweizerische Flüchtlingsdefinition mit der im Völkerrecht gebräuchlichen.»*⁶⁶⁰

C. Konnex zum Recht auf Gesundheit

Das typische Asylgesuch basiert auf einer Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit, in der Regel auf der Gefährdung des Lebens oder auf Folter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung, Sklaverei (auch in ihren modernen Formen), oder auf anderen Formen der körperlichen Gewalt. Wie verschiedene Staaten derweil anerkannt haben, kann die körperliche Integrität einer Person auch dann bedroht sein, wenn in ihre

⁶⁵⁵ CARONI ET AL., S. 529; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 56; EPINEY ET AL., S. 42.

⁶⁵⁶ EPINEY ET AL., S. 43; STÖCKLI, N. 14.31.

⁶⁵⁷ CARONI ET AL., S. 529; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 56.

⁶⁵⁸ Siehe dazu EMARK 2006 Nr. 32, E. 8.2, EMARK 2006 Nr. 18, E. 7; KÄLIN, Grundriss, S. 28; STÖCKLI, N. 14.30. Siehe WERENFELS, S. 60 f. m.w.H. zur «Bedeutung des Flüchtlingsbegriffs der FK heute».

⁶⁵⁹ KÄLIN, Grundriss, S. 28; WERENFELS, S. 60 f.

⁶⁶⁰ Botschaft AsylG, S. 783 Ziff. 113.2.

sozioökonomischen Rechte – insbesondere solche, die den Schutz der Gesundheit erfordern – eingegriffen wird.⁶⁶¹

Nach Schweizer Asylpraxis reicht die Verletzung von WSK-Rechten für die Annahme eines ernsthaften Nachteils normalerweise nicht aus, ausser die körperliche Integrität einer Person wäre dadurch verletzt. Das wäre beispielsweise bei der Verweigerung von Gesundheitsversorgung in einer lebensbedrohlichen Situation der Fall.⁶⁶² Wie in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt wurde, stellt dies eine klare Verletzung des Rechts auf Gesundheit dar.⁶⁶³ Das bedeutet, dass in spezifischen Einzelfällen die Verletzung dieses sozialen Menschenrechts zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft führen kann.

Fraglich ist, welche anderen Aspekte des Rechts auf Gesundheit im Verletzungsfall die Flüchtlingseigenschaft erfüllen können. Im Folgenden werden Beispiele dafür aufgeführt. Zuerst wird der verweigerte Zugang zu medizinischen Leistungen präsentiert, gefolgt von medizinischen Zwangsbehandlungen. Danach werden die im zweiten Kapitel aufgezeigten Teilaspekte des Rechts auf Gesundheit wieder aufgegriffen und in einen flüchtlingsrechtlichen Kontext gebracht.

a) *Verweigerung des Zugangs zu medizinischen Leistungen*

Staaten haben aufgrund des Rechts auf Gesundheit die Kernverpflichtung, den Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen diskriminierungsfrei zu gewährleisten, insbesondere für gefährdete oder marginalisierte Gruppen.⁶⁶⁴ Die meisten Asylgesuche, die in diesem Bereich erfolgreich gestellt wurden, basierten auf dieser Verpflichtung.⁶⁶⁵ So hielt z.B. die neuseeländische *Refugee Status Appeals Authority* fest, dass die vollständige Ein-

⁶⁶¹ HATHAWAY/FOSTER, S. 208. Siehe z.B. das Urteil des USCA, Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129, Ziff. 11, S. 4580 oder das Urteil des High Court of Ireland *E M S v. Minister for Justice Equality & Law Reform* vom 21.12.2004, [2004] IEHC 398 oder das Urteil des australischen RRT vom 9.10.1995, Nr. V95/03256, Ziff. 35.

⁶⁶² KÄLIN/KÜNZLI, S. 545.

⁶⁶³ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 50.

⁶⁶⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 43 (a).

⁶⁶⁵ FOSTER, *Refugee from Deprivation*, S. 226 f. Siehe z.B. das Urteil des HCA *Chen Shi Hai v. MIMA* vom 13.4.2000, [2000] HCA 19 oder das Urteil des USCA, Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129 oder des USCA, Seventh Circuit *Chen v. Holder* vom 28.4.2010, 604 F.3d 324. Für entsprechende Beispiele aus der Praxis siehe [Kapitel 4 unter I.](#)

schränkung des Rechts auf medizinische Versorgung im Extremfall eine Verfolgung darstellen kann.⁶⁶⁶

Es kann jedoch nur dann von einer Verfolgung gesprochen werden, wenn der Zugang zu medizinischen Dienstleistungen aufgrund eines Verfolgungsmotivs verweigert wird. Der niederländische *Raad van State* hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2009 fest, dass der diskriminierende Ausschluss von notwendiger medizinischer Versorgung, der zu schwerwiegenden medizinischen Folgen führt, eine Verfolgung darstellen kann, wenn er aus einem Konventionsgrund erfolgt.⁶⁶⁷ Der kanadische *Federal Court* erklärte in seinem viel zitierten *Covarrubias*-Urteil bezüglich eines mexikanischen Asylsuchenden, der an einer schweren Nierenerkrankung litt:

*«For example, where a country makes a deliberate attempt to persecute or discriminate against a person by deliberately allocating insufficient resources for the treatment and care of that person's illness or disability, as has happened in some countries with patients suffering from HIV/AIDS, that person may qualify under the section (...).»*⁶⁶⁸

Der *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* hielt betreffend die Verweigerung von medizinischer Versorgung fest:

*«Although denying medical care or education on the basis of race, ethnicity, religion, political opinion, or membership in a particular social group is, at a minimum, discrimination, where the denial seriously jeopardizes the health or welfare of the affected individuals, a finding of persecution is warranted.»*⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ Entscheid des RSAA vom 4.7.1997, Nr. 2376/95 unter dem Punkt «2. Is it a fear of persecution?». Der Gesuchsteller machte in diesem Fall geltend, dass ihm wegen seines Status als ausländischer Staatsangehöriger und Nicht-Jude in Israel u.a. der Zugang zu medizinischen Einrichtungen verwehrt werde. Die RSAA kam zum Schluss, dass seine Furcht vor Verfolgung nicht begründet war. Denn in Bezug auf die Verweigerung des Zugangs zu medizinischer Versorgung wurde er nur insofern diskriminiert, als er sich wegen seiner nicht-jüdischen Abstammung nicht in einem staatlichen Krankenhaus anmelden konnte. Er konnte sich jedoch zu Hause von in der Sowjetunion ausgebildeten Ärzten privat behandeln lassen.

⁶⁶⁷ Entscheid des *Raad van State A v Staatssecretaris van Justitie* vom 19.5.2009, 200805681/1, Ziff. 2.1.2.

⁶⁶⁸ Urteil des *FCA Covarrubias v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) vom 10.11.2006, 2006 FCA 365; [2007] 3 F.C.R. 169, Ziff. 39.

⁶⁶⁹ Urteil des *USCA, Ninth Circuit Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129, Ziff. 11 auf S. 4580.

Diese Ansicht vertritt auch der irische High Court:

*«Where there is, therefore, an inappropriately low level of health care given within that country to a group who form a social group for the purposes of refugee law and where, having regard to the level of health care provided within that country, the treatment of that group from a health perspective may be regarded as discriminatory to a significant degree, it seems to me to be arguable that same amounts to a sufficient level of discrimination to give rise to a claim for persecution.»*⁶⁷⁰

Auch das UNHCR hat mehrfach festgehalten, dass die Verweigerung des Zugangs zu normalerweise verfügbaren Gesundheitsdienstleistungen eine Verfolgung darstellen könne,⁶⁷¹ insbesondere wenn ein Kind an einer lebensbedrohlichen Krankheit leidet.⁶⁷² Es handelt sich jedoch um speziell gelagerte Einzelfälle. Dies hielt der kanadische Federal Court wie folgt fest:

*«The Federal Court of Appeal established, however, that there is a very narrow foundation for a refugee claim based on access to medical treatment. An applicant may not establish a refugee claim merely on the basis that medical treatment he or she could or is receiving in the asylum state is superior to that in the country of origin (...). This is where nevertheless, in the domain of refugee law, that particular social groups such as HIV-positive individuals have established a foundation for successful refugee claims.»*⁶⁷³

MOTZ stellt in ihrer Dissertation verschiedene Fälle vor, in denen Menschen wegen ihrer Behinderung die medizinische Versorgung verweigert wurde.⁶⁷⁴ Sie kommt zum Schluss, dass der Fokus bei der Überprüfung der Flüchtlingseigenschaft über das Recht auf Gesundheit hinausgehen müsse. Neben dem Vorhandensein bzw. Zugang zu medizinischen Leistungen müsse daher überprüft werden, ob die Betroffenen auch noch auf andere Weise diskriminiert und stigmatisiert werden.⁶⁷⁵ Dies entspricht der Rechtsprechung des angelsächsischen Raumes: In den einschlägigen Fällen haben Betreffende neben dem verweigerten Zugang zu Gesundheitsleistungen noch weitere Diskriminierungen oder Ausgrenzungen glaubhaft gemacht.⁶⁷⁶

⁶⁷⁰ Urteil des High Court of Ireland *E M S v. Minister for Justice Equality & Law Reform* vom 21.12.2004, [2004] IEHC 398.

⁶⁷¹ UNHCR, Richtlinien Nr. 6, Ziff. 17; UNHCR, Richtlinien Nr. 7, Ziff. 15.

⁶⁷² UNHCR, Richtlinien Nr. 8, Ziff. 35.

⁶⁷³ Siehe das Urteil des FCA *Diaz v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* vom 6.11.2008, 2008 FC 1243, 2008 CF 1243, Ziff. 34 mit Verweis auf dessen *Covarrubias*-Urteil.

⁶⁷⁴ MOTZ, *The Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 98 ff.

⁶⁷⁵ MOTZ, *The Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 106.

⁶⁷⁶ Vgl. Urteil des RRT vom 5.2.2010, Nr. 0903346, [2010] RRTA 41; Entscheid des IRB X (Re) vom 9.3.2007, Nr. TA5-11242; Urteil des USCA, Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom

FOSTER hingegen ist der Ansicht, dass die systematische Verweigerung einer medizinischen Behandlung, insbesondere wenn eine Person an einer lebensbedrohlichen Krankheit leidet, an sich schon für die Annahme einer Verfolgung ausreicht. Sie begründet dies damit, dass eine solche Verweigerung eine zentrale Verletzung des Rechts auf Gesundheit darstellt und daher für sich genommen einen Flüchtlingsanspruch begründen kann.⁶⁷⁷ Sie verweist auf ein Urteil des australischen *Refugee Review Tribunal*, das eben diese Ansicht vertritt:

*«Denial of access to medical facilities of itself is such a denial of fundamental human rights that it amounts to persecution.»*⁶⁷⁸

In ihrem Werk *The Law of Refugee Status*, das FOSTER zusammen mit HATHAWAY verfasst hat, ist ein Unterkapitel der Frage gewidmet, wann die Verletzung des Rechts auf Gesundheit eine Verfolgung darstellt. Sie kamen zu folgendem Schluss:

*«...the duty of states progressively to implement a more broad-ranging right to health care means that a wider range of claims involving a sustained or systemic risk of deprivation, withdrawal, or denial of critical or essential health care or medical treatment may also evince the required risk of serious harm. Nor is it the case that human rights law sees resource insufficiency as grounds to excuse the failure to allocate available resources without discrimination. To the contrary, where there is evidence that whatever resources are available are deliberately skewed in a way that disfranchises a relevant sub-group of the population, the risk of persecutory harm is established.»*⁶⁷⁹

Somit kann das andauernde oder systematische Risiko des Entzugs sowie der Verweigerung von lebensnotwendiger medizinischer Versorgung eine Verfolgungshandlung darstellen, wenn dies aufgrund eines Verfolgungsmotivs geschieht.⁶⁸⁰

21.4.2005, Nr. 03-71129 oder Urteil des HCA *Chen Shi Hai v. MIMA* vom 13.4.2000, [2000] HCA 19.

⁶⁷⁷ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 227 f. Derselben Ansicht ist die ICJ, *SOGI Refugee Claims*, S. 134.

⁶⁷⁸ RRT, Urteil vom 9.10.1995, Nr. V95/03256, Ziff. 44. Zur selben Schlussfolgerung kam das Tribunal bereits im Vorjahr, vgl. RRT, Urteil vom 10.6.1994, N94/04178: *«... access to medical care and treatment is a fundamental human right and [that] active denial, or actions amounting to an effective denial, may constitute persecution.»*

⁶⁷⁹ HATHAWAY/FOSTER, S. 238.

⁶⁸⁰ WOUTERS, S. 82. Das australische RRT hielt in dessen Urteil vom 22.8.2007, Nr. 071558011 auf S. 10 fest: *«The Tribunal accepts that the applicant requires specialized ongoing medical treatment and an organ transplant. The Tribunal also accepts that the denial of medical tre-*

Dabei können Staaten, in denen der Zugang zu Gesundheitsversorgung nicht diskriminierungsfrei gewährleistet ist, dies nicht mit ungenügenden Ressourcen rechtfertigen.⁶⁸¹ Auch wenn das Fehlen einer medizinischen Behandlung für eine bestimmte Krankheit nicht per se ausreicht, um die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, kann eine diskriminierende Ressourcenverteilung relevant sein.⁶⁸² Dazu hielt der US Court of Appeals for the Ninth Circuit fest:

«However, claims of financial difficulties cannot be used to justify the deprivation of services essential to human survival and development, if the deprivation is based on the recipient's membership in a statutorily protected group. The government's refusal to provide medical care and an elementary education to <disabled children> solely because they are members of the particular social group the term describes cannot be excused on the basis of the need to limit expenditures. If medical or education resources are to be limited, the allocation of funds must be based on other, less invidious, grounds. Although denying medical care or education on the basis of race, ethnicity, religion, political opinion, or membership in a particular social group is, at a minimum, discrimination, where the denial seriously jeopardizes the health or welfare of the affected individuals, a finding of persecution is warranted.»⁶⁸³

Danach können finanzielle Engpässe in einem Staat nicht als Rechtfertigung dafür dienen, wenn gewissen Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer gesetzlich geschützten Gruppe Dienstleistungen vorenthalten werden, die für ihr Überleben und ihre Entwicklung unerlässlich sind. Weigert sich also ein Staat, Kindern mit Behinderung medizinische Versorgung zu gewähren, nur weil sie Mitglieder dieser besonderen sozialen Gruppe sind, kann dies nicht mit der Notwendigkeit entschuldigt werden, die Ausgaben zu begrenzen. Die Verweigerung von medizinischer Versorgung aufgrund eines Verfolgungsmo-

atment, particularly in circumstances where such denial may lead to death, may amount to serious harm and persecution.»

⁶⁸¹ Siehe dazu das Urteil des RRT vom 10.6.1994, N94/04178 oder das Urteil des USCA, Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129. Vgl. auch CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 12.

⁶⁸² FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 230 mit Verweis auf CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 19: *«Inappropriate health resource allocation can lead to discrimination that may not be overt. For example, investments should not disproportionately favour expensive curative health services which are often accessible only to a small, privileged fraction of the population, rather than primary and preventive health care benefiting a far larger part of the population.»* Vgl. auch ICJ, *SOGI Refugee Claims*, S. 131 mit Verweis auf das Urteil des FCA *Covarrubias v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) vom 10.11.2006, 2006 FCA 365; [2007] 3 F.C.R. 169, Ziff. 39.

⁶⁸³ Urteil des USCA, Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129, Ziff. 11 auf S. 4580.

tivs stellt zumindest eine Diskriminierung dar. Wenn diese Verweigerung die Gesundheit oder das Wohlergehen der betreffenden Person ernsthaft gefährdet, kann dies als Verfolgung qualifiziert werden.

Sind also in einem Staat wenige Ressourcen vorhanden und werden diese vorwiegend einer bestimmten Gruppe der Gesellschaft vorenthalten, liegt das Risiko einer Verfolgung vor.⁶⁸⁴ Dies verletzt das Diskriminierungsverbot⁶⁸⁵ sowie auch das Recht auf Gesundheit, welches den Staaten die Pflicht auferlegt, die ihnen möglichen Massnahmen auszuschöpfen, um jeder Person das für sie bzw. ihn erreichbare Höchstmass an Gesundheit zu ermöglichen.⁶⁸⁶

b) Medizinische Zwangsbehandlung

Das Recht auf Gesundheit beinhaltet u.a. das Recht bzw. die Freiheit, keinen medizinischen Behandlungen oder Experimenten zwangsweise unterzogen zu werden.⁶⁸⁷ Staaten sind somit verpflichtet, keine medizinischen Zwangsbehandlungen durchzuführen, ausser diese dienen der Behandlung von psychischen Krankheiten oder der Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten.⁶⁸⁸

In dieser Pflicht sieht FOSTER eine wichtige Art, wie das Recht auf Gesundheit bei der Geltendmachung der Flüchtlingseigenschaft zum Tragen kommen kann. Dabei verweist sie auf zwei erfolgreiche Beschwerden aus den USA.⁶⁸⁹ In einem Fall ging es um eine Russin, die gegen ihren Willen in einer psychiatrischen Institution behandelt wurde, weil sie eine lesbische Frau ist. Diese Behandlungen konnten Elektroschocktherapien oder die Verabreichung von sedativen Medikamenten beinhalten. Obwohl die Vorinstanz anerkannte, dass dies eine Verfolgung darstellen könnte, lehnten sie diese im Ergebnis ab, da die Beschwerdeführerin mit den Behandlungen nicht bestraft, sondern geheilt werden sollte. Der *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* kam sodann zum Schluss, dass eine Bestrafungsabsicht nicht Teil einer Verfolgung ist. Relevant

⁶⁸⁴ HATHAWAY/FOSTER, S. 238, oder wenn in einem Staat z.B. die Gesundheitsinstitutionen zur Behandlung von HIV/AIDS mangelhaft oder nur auf elementarer Basis bestehen «because of a discriminatory failure to devote resources to HIV/AIDS treatment, then the inadequacy of the treatment ought to amount to persecution», WALKER, S. 209.

⁶⁸⁵ Namentlich nach Art. 2 UNO-Pakt II, Art. 2 Abs. 2 oder Art. 12 UNO-Pakt I, siehe HATHAWAY/FOSTER, S. 236 m.w.H.

⁶⁸⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt I sowie CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 47.

⁶⁸⁷ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8.

⁶⁸⁸ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 34.

⁶⁸⁹ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 232 f.

ist vielmehr die Absicht in dem Sinne, als dass die Verfolgungshandlung aufgrund eines Verfolgungsmotivs geschieht.⁶⁹⁰ Das Gericht hielt fest:

«The fact that a persecutor believes the harm he is inflicting is <good for> his victim does not make it any less painful to the victim, or, indeed, remove the conduct from the statutory definition of persecution. The BIA majority's requirement that an alien prove that her persecutor's subjective intent was punitive is unwarranted. Human rights laws cannot be sidestepped by simply couching actions that torture mentally or physically in benevolent terms such as <curing> or <treating> the victims.»⁶⁹¹

Das Gericht kam daher zum Schluss, dass die Vorinstanz einen fehlerhaften Verfolgungsbegriff angewandt hatte und wies den Fall zur Neubeurteilung an sie zurück.⁶⁹²

Der andere Fall betraf einen zehnjährigen autistischen Jungen aus Pakistan. Das Asylum Office in Chicago gewährte ihm in einem unveröffentlichten Urteil Asyl wegen Verfolgung, die er als Zugehöriger zu der sozialen Gruppe von Menschen mit einer Entwicklungsbeeinträchtigung bei einer Rückkehr nach Pakistan zu befürchten hätte. Seine Mutter machte geltend, dass er erniedrigende und gefährliche mystische Behandlungen durchlaufen musste. Er musste beispielsweise schmutziges Wasser trinken, um den «Fluch Allahs» zu brechen.⁶⁹³

Folglich können erzwungene medizinische Behandlungen je nach den Umständen des Einzelfalls als Verfolgung qualifiziert werden. Solche Situationen werden derweil unter dem Verbot von Folter sowie anderer unmenschlicher und erniedrigender Behandlung überprüft.⁶⁹⁴

c) Schwere Umweltverschmutzung

Wie aufgezeigt wurde, erstreckt sich das Recht auf Gesundheit auch auf die der Gesundheit zugrundeliegenden Faktoren, wie z.B. eine gesunde Umwelt.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ Urteil des USCA, Ninth Circuit *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, vom 24.6.1997, Nr. 95-70887, Ziff. 4-7.

⁶⁹¹ *Ibid.*, *Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, Ziff. 9.

⁶⁹² *Ibid.*, *Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, «Conclusion».

⁶⁹³ Vgl. Deardorff Julie, *Mom wins asylum for son with autism*, in: Chicago Tribune, 21.2.2001. Auch zitiert in FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 233.

⁶⁹⁴ Siehe dazu [Kapitel 4 unter II. 2.](#)

⁶⁹⁵ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 4 und 11. So haben Staaten die Pflicht, angemessene Massnahmen zur Verlangsamung und Umkehrung des Klimawandels zu ergreifen, CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 15 und 34; HUNT/KHOSLA, S. 239.

In den letzten Jahren erhielten Fälle, in denen Menschen wegen Veränderungen bzw. Verschlechterungen der Umwelt ihren Aufenthaltsort verlassen müssen, zunehmend Aufmerksamkeit.⁶⁹⁶ Vorliegend interessiert die Frage, ob Umweltvertriebene, deren Recht auf Gesundheit verletzt wurde, die Flüchtlingseigenschaft erfüllen.

Die Anwendbarkeit der FK auf umweltvertriebene Personen wird von der Mehrheit der Lehre abgelehnt. Es fehlt in den meisten Fällen an einer Verfolgungshandlung, die aufgrund eines bestimmten Merkmals von einem Verfolger oder einer Verfolgerin ausgeht.⁶⁹⁷ Es wurden jedoch einige Versuche unternommen, eine Argumentation für die Anwendbarkeit der FK zu konstruieren. Beispielsweise könne nach Ansicht von FOSTER eine schwere Verschmutzung oder Verschlechterung der Umwelt, die durch staatliche oder auch nicht-staatliche Akteure ausgelöst werde, das Recht der Gesundheit einer Person verletzen. Dies könne Anlass für ein Asylgesuch sein, wenn es mit einem Verfolgungsmotiv nach der FK in Verbindung gebracht werden könne.⁶⁹⁸

MCADAM nennt Konstellationen, in denen die FK in diesem Zusammenhang relevant sein könnte, so beispielsweise, wenn Individuen von der Regierung verfolgt würden, weil diese Personen humanitäre Unterstützung leisten würden oder aber, indem ihnen gerade diese verweigert werde. MCADAM zeigt auch sekundäre Auswirkungen von Klimakatastrophen auf, die zu einem Asylantrag führen könnten, wie z.B. die Zunahme von geschlechtsspezifischer Gewalt in Notunterkünften, Diskriminierung bei Hilfeleistungen oder Mängel bei Evakuierungen.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ DIEZIG, S. 1 f.; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 25; MCADAM, *Moving beyond Refugee Law*, S. 440 f.; MCDAVE/DAGADU, S. 168.

⁶⁹⁷ DIEZIG S. 61 f. Er hat sich in seiner Dissertation mit Umweltvertriebenen u.a. im flüchtlingsrechtlichen Kontext befasst. Er kommt auf S. 143 f. zum Fazit, dass sie sich nur einzeln auf den Schutz der FK berufen können und «dass eine Aufnahme der Umweltvertriebenen in den Anwendungsbereich der Flüchtlingskonvention und damit eine Ausweitung des Flüchtlingsbegriffs nicht in Frage kommt.» Vgl. auch HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 26; KÄLIN, *Climate-Induced Displacement*, S. 88 f.; KÄLIN/SCHREPPEL, S. 31; MCADAM, *Climate change*, S. 42 ff.; MCADAM, *Displacement*, S. 836; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 560 ff. Siehe auch SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr*, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.3.6 mit Verweis auf einen Artikel von BARBARA GRAF MOUSA der SFH vom 18.1.2018: *Klimaflüchtlinge gibt es nicht*.

⁶⁹⁸ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 233 f. mit Verweis auf den Entscheid der ACHPR SERAC und CESR gegen Nigeria vom 27.5.2002, Mitteilung Nr. 155/96. Gemäss diesem Entscheid verletzte Nigeria diverse Menschenrechte aus der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker, u.a. auch das Recht auf Gesundheit und auf eine saubere Umwelt gemäss Art. 16 und Art. 24.

⁶⁹⁹ MCADAM, *Displacement*, S. 836 sowie MCADAM, *Moving beyond Refugee Law*, S. 442 f.

COOPER schlägt gar eine Erweiterung der Flüchtlingsdefinition vor. Danach wäre jede Person ein Flüchtling, die neben den bereits existierenden Verfolgungsmotiven eine begründete Furcht vor Verfolgung hat «*owing ... (2) to degraded environmental conditions threatening his life, health, means of subsistence, or use of natural resources,...*». ⁷⁰⁰ Sie merkt jedoch an, dass eine Änderung des Konventionstextes nicht realistisch wäre, da grosse Zurückhaltung bestehen würde, mehr Flüchtlinge anzuerkennen. Zudem würde die existierende Flüchtlingsdefinition ihrer Ansicht nach Umweltvertriebene bereits erfassen. ⁷⁰¹ In der Lehre wird sodann teilweise vorgeschlagen, dass eine eigene internationale Konvention geschaffen werden sollte, um Personen angemessen zu schützen, die sich aufgrund der Auswirkungen des Klimawandels zur internationalen Umsiedlung gezwungen sehen. ⁷⁰²

Das Recht auf Gesundheit verpflichtet die Vertragsstaaten ferner dazu, bei der Bereitstellung von Katastrophenhilfe und humanitärer Hilfe in Notzeiten, einschliesslich der Hilfe für Flüchtlinge und Binnenvertriebene, zusammenzuarbeiten. ⁷⁰³ So ist im flüchtlingsrechtlichen Kontext beispielsweise denkbar, dass die Verweigerung von medizinischer Hilfe an eine bestimmte Personen-Gruppe in Situationen von plötzlich oder langsam eintretenden Katastrophen eine Verfolgungshandlung darstellen könnte. ⁷⁰⁴ Diejenigen Autoren, welche die Geltendmachung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund von Umweltschäden als möglich erachten, sehen die ernsthaften Nachteile zumeist in der Verletzung des Rechts auf Leben. Bei der langsam fortschreitenden Verschlechterung der Umwelt, die über längere Zeit andauert, werden aber vor allem UNO-Pakt I-Rechte beeinträchtigt, z.B. das Recht auf Gesundheit. ⁷⁰⁵ Zu den «*langsamer*

⁷⁰⁰ COOPER, S. 494.

⁷⁰¹ COOPER, S. 499 ff. Sie erklärt z.B., dass oftmals Regierungen an den Ursachen von Umweltkrisen beteiligt sind oder daran, dass gewisse Personen anfälliger sind, von den Krisen nachteilig betroffen zu sein, vgl. S. 502; dazu führt sie praktische Beispiele auf, siehe S. 503 ff.

⁷⁰² DOCHERTY/GIANNINI, S. 350 ff. oder MCDAVE/DAGADU, S. 170 ff.

⁷⁰³ CECR, GC Nr. 14, Ziff. 40.

⁷⁰⁴ KÄLIN, *Climate-Induced Displacement*, S. 88; KÄLIN/SCHREPPEL, S. 32 ff.; UNHCR, *Climate Change*, S. 35. In solchen Fällen würde jedoch der Schaden durch die Handlung bzw. Unterlassung der Regierung ausgelöst werden und nicht durch die Katastrophe oder Ressourcenknappheit, vgl. MCADAM, *New Zealand jurisprudence*, S. 134. MCADAM hat sodann vier Kontexte aufgezeigt, in denen die FK in einem Disaster-Kontext relevant sein könnte, siehe MCADAM, *Displacement*, S. 836.

⁷⁰⁵ HOSTETTLER, S. 154 f. KOZOLL argumentiert auf S. 304, dass die vollständige Zerstörung eines Ökosystems, von dem ein ganzes Volk abhängt, eine schädigende Handlung sei, die einer Verfolgung gleichkomme. Er erklärt, dass eine solche Umweltzerstörung, würde sie im Kontext eines Bürgerkrieges stattfinden, ausreichen würde, um die Anerkennung als

entstehenden, aber regelmässig längerfristig wirkenden Katastrophen» gehören «Phänomene wie Dürren, zunehmende Verwüstungen, steigende Meeresspiegel und abschmelzende Dauerfrostböden.»⁷⁰⁶ Nur wenn Gebiete dauerhaft oder längerfristig unbewohnbar werden, besteht gemäss FREI, HINTERBERGER und HRUSCHKA ein Schutzbedarf, der mit demjenigen von Flüchtlingen und anderen Gewaltvertriebenen vergleichbar ist.⁷⁰⁷

Schliesslich hat das UNHCR im Jahr 2020 in diesem Zusammenhang erklärt, dass der Klimawandel und Katastrophen erhebliche negative Auswirkungen auf die staatlichen und gesellschaftlichen Strukturen sowie auf das Wohlergehen der Einzelnen und die Wahrnehmung der Menschenrechte haben können, u.a. auf das Recht auf Gesundheit.⁷⁰⁸ Es betonte dabei:

*«The assessment of claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters should not focus narrowly on the climate change event or disaster as solely or primarily natural hazards. Such a narrow focus might fail to recognize the social and political characteristics of the effects of climate change or the impacts of disasters or their interaction with other drivers of displacement. More broadly, climate change and disasters may have significant adverse effects on State and societal structures and individual well-being and the enjoyment of human rights. If a narrow view is taken of the effects of climate change and disasters, there is a risk that decision-makers may decide that refugee law is inapplicable and deny access to refugee status determination (RSD).»*⁷⁰⁹

Bei der Bewertung von Gesuchen um internationalen Schutz im Zusammenhang mit Klimawandel und Naturkatastrophen sollten somit nach Ansicht des UNHCR die erheblichen negativen Auswirkungen auf staatliche und gesellschaftliche Strukturen sowie auf das individuelle Wohlergehen und die Wahrnehmung der Menschenrechte berücksichtigt werden. Denn wenn die Auswirkungen des Klimawandels zu eng gesehen würden, bestehe die Gefahr, dass die Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger das Flüchtlingsrecht in solchen Fällen als nicht anwendbar betrachten würden. Doch gemäss

Flüchtling aus kumulativen Gründen zu rechtfertigen. COOPER zeigt auf S. 502 ff. anhand von konkreten Beispielen von Umweltkrisen auf, dass Regierungen für die Umweltzerstörung und die daraus folgenden Umweltflüchtlinge verantwortlich sind. Sie argumentiert, dass die von Regierungen verursachte Umweltzerstörung eine Form der Verfolgung ist.

⁷⁰⁶ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 25.

⁷⁰⁷ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 25 mit Verweis auf das Teitiotia-Urteil, welches den bisher prominentesten Fall in diesem Zusammenhang darstellt, siehe mehr dazu in [Kapitel 4 unter III. 1.](#)

⁷⁰⁸ UNHCR, Climate change and disasters, Ziff. 7.

⁷⁰⁹ UNHCR, Climate change and disasters, Ziff. 5.

UNHCR können Menschen, die vor den negativen Auswirkungen des Klimawandels und von Umweltkatastrophen fliehen, berechnigte Ansprüche auf den Flüchtlingsstatus gemäss FK haben, wenn sie die Voraussetzungen von deren Art. 1A Ziff. 2 erfüllen.⁷¹⁰

d) Verletzung der sexuellen und reproduktiven Gesundheit

Staaten haben aus dem Recht auf Gesundheit die Pflicht, alle Menschen vor schädlichen Praktiken und Normen sowie vor geschlechtsspezifischer Gewalt zu schützen, die ihnen ihre volle sexuelle und reproduktive Gesundheit vor-enthalten. Beispiele solcher Praktiken sind Vergewaltigungen in der Ehe oder weibliche Genitalverstümmelung (*female genital mutilation*, FGM).⁷¹¹ Durch letztere Praktik werden auch verschiedene andere internationale Menschenrechte verletzt.⁷¹² Im flüchtlingsrechtlichen Kontext wird eine vergangene oder noch drohende FGM unter dem Aspekt der geschlechtsspezifischen Verfolgung behandelt und als Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung angesehen.⁷¹³ Gemäss UNHCR stellt FGM eine Art von geschlechterspezifischer Gewalt dar, die sowohl physisch als auch psychisch schwere Schäden anrichtet und daher als Verfolgung zu qualifizieren ist.⁷¹⁴ Dies entspricht der Praxis vieler Staaten, so z.B. von Australien,⁷¹⁵ Kanada,⁷¹⁶ den USA⁷¹⁷ sowie auch europäischer Staaten,⁷¹⁸ wie der Schweiz. Im Kontext

⁷¹⁰ UNHCR, *Climate change and disasters*, Ziff. 6 ff., wo es aufzeigt, wie bei den einzelnen Voraussetzungen des Flüchtlingsbegriffs in diesem Kontext argumentiert werden könnte. Das UNHCR hat diese Herangehensweise namentlich im Factsheet *Climate Change, Displacement and Human Rights*, das es zusammen mit dem OHCHR im März 2022 herausgegeben hat, bestätigt, sowie auch in dessen Policy Paper *Climate change impacts and cross-border displacement: International refugee law and UNHCR's mandate* vom 12.12.2023.

⁷¹¹ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 29.

⁷¹² HATHAWAY/FOSTER, S. 216. Siehe dazu z.B. das Urteil des House of Lords in UKHL Fornah (FC) (*Appellant*) v. SSHD (*Respondent*) vom 18.10.2006, [2006] UKHL 46, Ziff. 93.

⁷¹³ Für eine vertiefte Auseinandersetzung zur Asylrelevanz von FGM siehe die Dissertation von BINDER, S. 316 ff.

⁷¹⁴ UNHCR, *Guidance FGM*, Ziff. 7.

⁷¹⁵ Z.B. Urteil des RRT vom 14.4.2011, Nr. 1101038, [2011] RRTA 307.

⁷¹⁶ Z.B. Urteil des IRB X (Re) vom 17.7.2020, VB9-07690; VB9-07691.

⁷¹⁷ Entscheidung des United States Board of Immigration Appeals in *re Fauziya Kasinga* vom 13.6.1996, Nr. 3278.

⁷¹⁸ Siehe z.B. den Entscheid der französischen Commission des Recours des Réfugiés Mlle Diop Aminata vom 17.7.1991, Nr. 164078; Entscheid der Unabhängige Bundesasylsenat in Österreich vom 21.3.2002, GZ 220.268/0-XI/33/00; Entscheid des belgischen Conseil du Contentieux des Etrangers vom 25.7.2005, Jurisprudence n 979-1239 (PC), n 979. Im Entscheid des UKHL Fornah (FC) (*Appellant*) v. SSHD (*Respondent*) vom 18.10.2006, [2006]

von Somalia beispielsweise hat das BVGer entschieden, dass «eine drohende (erneute) weibliche Genitalverstümmelung im Falle einer Rückkehr nach Somalia eine intensive, gezielte Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 3 AsylG bedeuten» kann.⁷¹⁹

Das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit, welches integraler Bestandteil des Rechts auf Gesundheit ist,⁷²⁰ beinhaltet auch das Recht auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidungen und Wahlmöglichkeiten, frei von Gewalt, Zwang und Diskriminierung, in Bezug auf den eigenen Körper und die sexuelle und reproduktive Gesundheit.⁷²¹ Im Zusammenhang mit einer asylrechtlich relevanten Verfolgung ist an Zwangsabtreibung und -sterilisation zu denken, die ebenfalls als Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung angesehen werden.⁷²² Der Oberste Gerichtshof in Kanada hat in seinem Chan-Urteil diesbezüglich festgehalten, dass

*«whatever technique is employed, it is utterly beyond dispute that forced sterilization is in essence an inhuman and degrading treatment involving bodily mutilation, and constitutes the very type of fundamental violation of basic human rights that is the concern of refugee law.»*⁷²³

Ähnliche Handlungen, wie beispielsweise die unfreiwillige Einführung bzw. Verwendung von Kupfer- oder Hormonspiralen, können ebenfalls eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung und somit einen asylrelevanten ernsthaften Nachteil darstellen.⁷²⁴

UKHL 46 urteilte das House of Lords, dass FGM fast zwangsläufig Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellt, siehe Ziff. 94.

⁷¹⁹ Urteil des BVGer E-123/2020 vom 13.2.2020, E. 6.2.2. Dabei können nicht nur diejenigen Frauen, die vor einer drohenden FGM fliehen, ein solches Asylgesuch stellen. Vielmehr können auch Mädchen und Frauen, an denen die Verstümmelung bereits vorgenommen wurde, einen ernsthaften Nachteil bzw. die Flüchtlingseigenschaft geltend machen. Begründet wird dies mit den oftmals lebenslangen schädigenden Folgen von FGM, siehe das Urteil des BVGer BVGE 2014/27 vom 4.8.2014, E. 5.6.

⁷²⁰ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8 sowie CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 1.

⁷²¹ CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 5.

⁷²² HATHAWAY/FOSTER, S. 216. Der UN-Menschenrechtsausschuss nennt Zwangsabtreibung als Beispiel einer Verletzung von Art. 7 UNO-Pakt II: CCPR, General Comment Nr. 28, Ziff. 11.

⁷²³ Urteil des SCC *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* vom 19.10.1995, [1995] 3 S.C.R. 593, E. 73. Siehe auch das Urteil des kanadischen FCA *Cheung v. Canada* vom 1.4.1993, [1993] 2 F.C. 314.

⁷²⁴ Siehe dazu z.B. das Urteil des USCA, Third Circuit *Cheng v. Attorney General* vom 6.10.2010, Nr. 09-2022 oder ähnlich auch im Urteil es USCA, Second Circuit *Mei Fun Wong* vom 1.2.2011, Nr. 08-5328-ag.

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass Praktiken wie FGM oder Zwangsabtreibung und -sterilisation oftmals als geschlechtsspezifische Verfolgungshandlungen zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führen.⁷²⁵ Da diese Handlungen auch das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit verletzen,⁷²⁶ soll jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass diese Fälle im spezifischen Einzelfall auch nach diesem Menschenrecht bei der Begründung der Flüchtlingseigenschaft relevant sein können.

e) *Zwischenfazit zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit als Verfolgungshandlung*

Zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft muss das Vorliegen von ernsthaften Nachteilen bzw. einer Verfolgungshandlung glaubhaft gemacht werden. Vorausgesetzt ist danach, dass eine Menschenrechtsverletzung von einer gewissen Intensität vorliegt oder droht.

Die Verletzung von sozialen Menschenrechten wird von Rechtsprechungsorganen dann als Verfolgung qualifiziert, wenn mehrere diskriminierende Handlungen oder mehrere Menschenrechtsverletzungen die Menschenwürde oder grundlegende Menschenrechte einer Person verletzen. Im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit ist vor allem der Aspekt des verweigerten Zugangs zu Gesundheitsleistungen als eine dieser Menschenrechtsverletzungen für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft relevant. Zu denken ist dabei etwa an die Situation eines andauernden oder systematischen Risikos des Entzugs oder der Verweigerung von lebenswichtiger Gesundheitsversorgung für eine bestimmte Person bzw. Personengruppe.

Des Weiteren könnten in speziell gelagerten Einzelfällen Gesundheitsschäden, die durch den Klimawandel oder Katastrophen ausgelöst werden und auf ein Verschulden des Staates in Verbindung mit einem Verfolgungsmotiv zurückgeführt werden, asylrelevant sein.

Schliesslich können Menschenrechtsverletzungen, welche das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit tangieren, wie z.B. FGM oder Zwangsabtreibung oder -sterilisation, als Verfolgung angesehen werden. Die meisten Recht-

⁷²⁵ So z.B. im Urteil des BVGer E-1425/2014 vom 6.8.2014 betr. FGM, siehe E. 5.6 und E. 6.6 oder im Urteil des BVGer E-123/2020 vom 13.2.2020, E. 6.2.2. Vgl. dazu auch das SEM Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D2.1, die geschlechtsspezifische Verfolgung, wo es unter Ziff. 2.3.2 die sieben «bestimmten sozialen Gruppen» i.V.m. dem Geschlecht aufzählt, z.B. Opfer von FGM oder von Zwangsabtreibung und -sterilisation.

⁷²⁶ BINDER, S. 328-330.

sprechungsorgane qualifizieren diese Fälle als Folter oder andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, die eine geschlechtsspezifische Verfolgung darstellen.

D. Gezieltheit der Verfolgung

Das Kriterium der Gezieltheit der Verfolgung ist weder im Wortlaut von Art. 1A FK noch von Art. 3 AsylG zu finden. Dieses Erfordernis wird nur in wenigen Staaten vorausgesetzt, so z.B. in der Schweizer Asylpraxis.⁷²⁷ Es verlangt, dass ernsthafte Nachteile gegen eine bestimmte Person oder Personengruppe gerichtet sind und dabei in ihren persönlichen Schutzbereich eingreifen.⁷²⁸ Nach diesem Kriterium sind Nachteile, die aus der allgemeinen Lage in einem Land entstehen und sich daher auf alle Einwohner gleich auswirken, nicht als flüchtlingsrelevante Verfolgung anzusehen.⁷²⁹

Das UHCR vertritt diesbezüglich eine andere Auffassung:

«Likewise, on a proper interpretation of Article 1, it is not relevant how large or indeed how small the affected group may be. Whole communities may risk or suffer persecution for Convention reasons, and the fact that all members of the community are equally affected does not in any way undermine the legitimacy of any particular individual claim. On the contrary, such facts should facilitate recognition, as the sociological process of marginalisation that such stigmatisation engenders is a powerful archetype of persecution.»⁷³⁰

Nach Ansicht von HRUSCHKA spielen die Gezieltheit sowie die Intention der Verfolger zwar eine Rolle bei der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft, indem sie die Verbindung («Nexus») zwischen der begründeten Furcht vor Verfolgung und einem Verfolgungsmotiv herstellen. Jedoch soll – der Schutztheorie folgend – nicht mehr allein auf die Gezieltheit der Verfolgungshandlungen abgestellt werden, wenn die Flüchtlingseigenschaft abgelehnt wird.⁷³¹ Denn die Schutztheorie stellt auf die Wirkung ab, die eine Verfolgungshandlung auf eine

⁷²⁷ CARONI ET AL., S. 446; HRUSCHKA, Flüchtling als Zielscheibe? S. 24.

⁷²⁸ CARONI ET AL., S. 446; KÄLIN, Grundriss, S. 74 f.; WERENFELS, S. 201 ff.

⁷²⁹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.3.1; WERENFELS, S. 202. Die erwähnten Fälle der Umweltvertriebenen scheitern oftmals u.a. an diesem Erfordernis, da plötzlich auftretende oder langsam fortschreitende Umweltveränderungen sich nicht gezielt gegen eine Person richten können, HOSTETTLER, S. 155; MCADAM, Climate change, S. 43.

⁷³⁰ UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 21. Bestätigt in UNHCR, Climate change and disasters, Ziff. 8.

⁷³¹ HRUSCHKA, Flüchtling als Zielscheibe? S. 25; gleicher Ansicht HATHAWAY/FOSTER, S. 368.

Person hat. So kann die Flüchtlingseigenschaft auch bei fehlender Intention und somit fehlender Gezieltheit bejaht werden, solange einer Person aufgrund eines Verfolgungsmotivs eine schwere Menschenrechtsverletzung droht. Die Flüchtlingseigenschaft kann alternativ dann bejaht werden, wenn der Heimat- oder Herkunftsstaat den Schutz aufgrund eines Verfolgungsmotivs verweigert.⁷³² Diese beiden Optionen sind z.B. in Art. 9 Abs. 2 QRL enthalten:

*«Gemäß Artikel 2 Buchstabe d muss eine Verknüpfung zwischen den in Artikel 10 genannten Gründen und den in Absatz 1 des vorliegenden Artikels als Verfolgung eingestuften Handlungen **oder** dem Fehlen von Schutz vor solchen Handlungen bestehen.»*⁷³³

Auch FOSTER kritisiert das Erfordernis der Gezieltheit, da WSK-Rechte oftmals einer gesamten Personengruppe einer Gesellschaft verwehrt werden.⁷³⁴ HATHAWAY und FOSTER präzisieren in diesem Zusammenhang, dass Personen, deren Notlage lediglich das Ergebnis von Naturkatastrophen, schwacher Wirtschaft, zivilen Unruhen oder der allgemeinen Nichteinhaltung grundlegender Menschenrechtsnormen ist, normalerweise zwar nicht als Flüchtlinge gemäss FK gelten würden. Dies liege jedoch nicht daran, dass die nachteiligen Auswirkungen eine grosse Zahl von Personen betreffen, sondern dass sie nicht basierend auf einem Verfolgungsmotiv erfolgt seien. Demgegenüber müssten z.B. Menschen, die nach einer Überschwemmung oder einem Erdbeben in ein anderes Land fliehen, da ihr Heimatstaat nur den Angehörigen einer Mehrheitsgruppe der Bevölkerung Hilfsmassnahmen zukommen lässt, die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. In einem so gelagerten Fall müsste das Asylgesuch der entsprechenden Minderheitengruppe, die z.B. aus Angst vor dem Verhungern geflohen ist, aufgrund des fehlenden Schutzes des Heimatstaates und des Verfolgungsmotivs der Zugehörigkeit zu einer bestimmten zivilen oder politischen Gruppe erfolgreich sein.⁷³⁵

Für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft muss nach dem Gesagten entweder das Risiko, verfolgt zu werden, oder der fehlende staatliche Schutz

⁷³² HRUSCHKA, Flüchtling als Zielscheibe? S. 27. Dieselbe Ansicht vertreten auch HATHAWAY/FOSTER, S. 373 ff. Sie rufen auf S. 378 in Erinnerung, dass das Ziel der FK nicht die strafrechtliche Belangung der Verantwortlichen ist, sondern von Verfolgung bedrohten Personen einen Ersatzschutz zu bieten.

⁷³³ Art. 9 Abs. 3 QRL (Hervorhebung durch die Verfasserin).

⁷³⁴ FOSTER, Refuge from Deprivation, S. 287. Ebenfalls kritisch z.B. UNHCR in den Erwägungen zum Schutzbedarf von Personen, die aus der Arabischen Republik Syrien fliehen, siehe HCR/PC/SYR/17/01 vom November 2017, S. 5. Für die Analyse zur Gezieltheit im bewaffneten Konflikt siehe KAMMERMANN, S. 139 ff.

⁷³⁵ HATHAWAY/FOSTER, S. 175 f.

gegeben sein, was jeweils verknüpft mit einem Verfolgungsmotiv vorliegen muss.⁷³⁶ Das Erfordernis des fehlenden staatlichen Schutzes wird in der Folge näher erläutert.

E. Fehlender Schutz durch den Heimat- oder Herkunftsstaat

Zur Bejahung der Flüchtlingseigenschaft muss des Weiteren glaubhaft gemacht werden, dass der Heimat- oder Herkunftsstaat die asylsuchende Person nicht schützen kann oder will. Da die betreffenden Personen diesfalls schutzlos dastehen würden, soll die internationale Gemeinschaft ihnen Schutz gewähren.⁷³⁷ So hängt eine Verfolgung nach der Schutztheorie von der Tatsache ab, ob im Heimatstaat ein adäquater Schutz vorliegt oder nicht. Dadurch ist sowohl unmittelbare oder mittelbare staatliche als auch private bzw. nicht-staatliche Verfolgung flüchtlingsrechtlich relevant, wenn im Heimatland kein adäquater Schutz vor Verfolgung besteht. Geht die Verfolgungshandlung vom Staat selbst oder von seinen Organen aus, so spricht man von unmittelbarer Verfolgung. Als mittelbar wird sie dann qualifiziert, wenn sie von Dritten ausgeübt wird und der Staat dies aus einem Verfolgungsmotiv *«unterstützt, billigt, anregt, oder tatenlos hinnimmt, obwohl er die Verfolgten schützen könnte.»*⁷³⁸

Nachfolgend werden zuerst die generellen Anforderungen an den staatlichen Schutz bzw. die Möglichkeit der innerstaatliche Schutzalternative vorgestellt. Danach wird der Konnex zum Recht auf Gesundheit hergestellt und die Regelung der Beweislast in diesem Zusammenhang erklärt.

a) Anforderungen an den staatlichen Schutz

Für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft muss der staatliche Schutz unzureichend sein. Dabei kommt es auf die Schutzwilligkeit und die Schutzfähigkeit eines Staates an.

⁷³⁶ HATHAWAY/FOSTER, S. 373. Sie betonen auf S. 378, dass nicht die Verfolgung an ein Verfolgungsmotiv geknüpft werden muss, sondern *«that the condition of <being persecuted> – the predicament of the applicant – be <for reasons of> a Convention ground.»* Siehe dazu auch HRUSCHKA, Flüchtling als Zielscheibe? S. 27.

⁷³⁷ CARONI ET AL., S. 449; HATHAWAY/FOSTER, S. 292 f.

⁷³⁸ Urteil des BVerfG BVGE 2011/51 vom 21.12.2011, E.7.1 mit Verweis auf das Grundsatzurteil EMARK 2006 Nr. 18, E. 7.5-7.9. So auch im SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.7.

Schutzzfähig ist ein Staat dann, wenn eine funktionierende und effiziente Schutzinfrastruktur zur Verfügung steht. Zu denken ist dabei *«in erster Linie an polizeiliche Aufgaben wahrnehmende Organe sowie an ein Rechts- und Justizsystem [...], das eine effektive Strafverfolgung ermöglicht.»*⁷³⁹ Für die Analyse der Schutzzfähigkeit wenden gewisse Staaten einen *«due diligence»*-Standard an. Danach besteht keine begründete Furcht vor Verfolgung, wenn die Staaten mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt und geeignete Massnahmen zum Schutz vor Verfolgung ergriffen haben. Selbst wenn der Antragsteller bei der Rückkehr trotz dieser geeigneten Massnahmen der Gefahr der Verfolgung ausgesetzt ist, würde nach diesem Ansatz die Schutzzfähigkeit eines Staates bejaht werden.⁷⁴⁰ HATHAWAY und FOSTER sprechen sich derweil für die Anwendung eines *«real chance»*-Standards bei der Überprüfung der Schutzzfähigkeit eines Staates aus:

*«In applying the <real chance> standard – the usual well-founded fear test – in relation to the failure of state protection limb, a decision-maker will inevitably consider what measures a home state has adopted or will embark upon to provide the infrastructure of protection required – such as legislation, police protection, and other enforcement measures – and the extent to which such measures are effective, meaningful, adequate, and accessible, and whether they actually <translate [...] into adequate state protection.>»*⁷⁴¹

Nach diesem Ansatz ist eine asylsuchende Person selbst dann ein Flüchtling, wenn ein Staat alle geeigneten Schritte zur Beseitigung des Schadens unternommen hat, aber immer noch ein reales Risiko besteht, dass die Person einen Schaden erleiden wird.⁷⁴²

Schutzwillig ist ein Staat dann, wenn die Inanspruchnahme des Schutzsystems einer Person oder Personengruppe tatsächlich objektiv zugänglich ist.⁷⁴³ Ist der Staat selbst für die Verfolgung verantwortlich oder duldet bzw. toleriert er Schäden, die von nichtstaatlichen Akteurinnen oder Akteuren ausgehen,

⁷³⁹ Urteil des BVerfG BVerfGE 2008/4 vom 22.1.2008, E. 5.2. Für eine ausführliche Diskussion betr. Schutzzfähigkeit siehe HATHAWAY/FOSTER, S. 303-319.

⁷⁴⁰ HATHAWAY/FOSTER, S. 309-317; MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 202-207.

⁷⁴¹ HATHAWAY/FOSTER, S. 319 mit Verweis auf das Urteil kanadischen Federal Court *Meza Varela v. Canada* (*Citizenship and Immigration*) vom 25.11.2011, 2011 FC 1364, Ziff. 16. Für diesen *«real risk»*-Ansatz spricht sich auch MOTZ im Zusammenhang mit Asylgesuchen aus, die sich auf die Behinderung einer Person stützen, vgl. MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 231 f.

⁷⁴² MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 204.

⁷⁴³ BGVE 2008/4, E. 5.2 sowie EMARK 2006 Nr. 18, E. 10.3.2; darauf verweisend HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 66 f.

ist grundsätzlich vom fehlenden staatlichen Schutzwillen auszugehen.⁷⁴⁴ Schliesslich müssen die betreffenden Personen sich auf das Schutzsystem berufen, es also in zumutbarer Weise in Anspruch nehmen können. Der staatliche Schutz muss für sie, unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, zugänglich und effektiv sein.⁷⁴⁵ Dies ist z.B. zu verneinen, wenn sich eine Person mit einer Strafanzeige der konkreten Gefahr aussetzen würde, weitere Verfolgungshandlungen zu erleiden.⁷⁴⁶ Es gilt folglich, in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob eine betreffende Person bei einer Rückkehr ins Heimat- oder Herkunftsland an die dort vorhandenen Schutzstrukturen wenden könnte und effektiv Schutz erhalten würde bzw. ob dieser Schutz praktisch wirksam wäre.⁷⁴⁷

b) *Interner Schutz und Beweislast*

Das Konzept der innerstaatlichen Schutzalternative bzw. des internen Schutzes⁷⁴⁸ beruht auf dem Wortlaut von Art. 1A Ziff. 2 FK: Eine Person erfüllt die Flüchtlingseigenschaft dann, wenn sie den Schutz des Heimatstaates nicht in Anspruch nehmen kann oder will.⁷⁴⁹ Besteht also ein interner Schutz in einem bestimmten Staat, so wird die Flüchtlingseigenschaft abgelehnt. Die Berücksichtigung des internen Schutzes steht damit in Einklang mit dem übergeordneten Ziel und Zweck der Flüchtlingskonvention, dass internationaler (Ersatz-)Schutz nur dann gewährt wird, wenn der nationale Schutz des eigenen Landes nicht verfügbar ist.⁷⁵⁰

Es gilt folglich zu überprüfen, ob der staatliche Schutz allenfalls in einem anderen Teil des Staates vorhanden wäre. Es wird zwar nicht vorausgesetzt, dass sich die Furcht vor Verfolgung auf das ganze Staatsgebiet erstreckt. Der in-

⁷⁴⁴ HATHAWAY/FOSTER, S. 297 ff. Dabei besteht Unsicherheit darüber, wie viel Schutz ein Staat zu bieten hat, wenn die Verfolgungshandlung von einem «low-level state agent» ausgeht. Zudem stellt sich im Falle der Verfolgung durch nichtstaatliche Akteure die Frage, wann die Unfähigkeit der Schutzgewährung als fehlender staatlicher Schutz zu qualifizieren ist, vgl. dazu MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 202 ff.

⁷⁴⁵ CARONI ET AL., S. 534; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 68.

⁷⁴⁶ Urteil des BVerfG BVGE 2008/4 vom 22.1.2008, E. 5.2.

⁷⁴⁷ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 69. Siehe dazu auch SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr*, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.7.4.

⁷⁴⁸ FREI, HINTERBERGER und HRUSCHKA weisen darauf hin, dass der Begriff der «internen Schutzalternative» (wie auch der «inländischen Fluchtalternative») unpräzise und irreführend sei, daher sprechen sie von «internem Schutz», HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 70 Fn. 187.

⁷⁴⁹ SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr*, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.7.5.

⁷⁵⁰ HATHAWAY/FOSTER, S. 332.

terne Schutzort muss ein Gebiet im jeweiligen Staat sein, in dem keine begründete Furcht vor Verfolgung besteht und in dem angesichts der besonderen Umstände des Falles vernünftigerweise erwartet werden kann, dass die betreffende Person sich dort niederlassen und ein normales Leben führen kann. Der interne Schutz muss des Weiteren zumutbar, sicher und legal zugänglich, konkret und individuell verfügbar sowie dauerhaft sein.⁷⁵¹ Der EGMR hielt dazu Folgendes fest:

*«The Court considers that as a precondition for relying on an internal flight alternative certain guarantees have to be in place: the person to be expelled must be able to travel to the area concerned, gain admittance and settle there, failing which an issue under Article 3 may arise, the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment.»*⁷⁵²

Nach Ansicht des EGMR muss somit vor der Wegweisung einer Person geprüft werden, ob sie tatsächlich die Möglichkeit hat, in das betreffende Gebiet zu reisen und sich dort effektiv niederzulassen. Das Gebiet muss folglich in praktischer Hinsicht auf sichere und legale Weise zugänglich sein für die Person. Dabei sind auch die persönlichen Umstände zu untersuchen, namentlich das Alter und Geschlecht, die Gesundheit, die familiäre Situation und Beziehungen oder der schulische und berufliche Hintergrund sowie frühere Verfolgung und deren psychologische Auswirkungen auf die schutzsuchende Person.⁷⁵³ Des Weiteren muss sichergestellt sein, dass die betreffende Person in dem Gebiet keiner Gefahr der Verfolgung oder sonstigem schwerwiegenden Schaden ausgesetzt wäre.⁷⁵⁴ Es muss der Person folglich unter all den Umständen des Einzelfalls zumutbar sein, sich in diesem entsprechenden Gebiet im Herkunftsstaat niederzulassen.⁷⁵⁵

Dabei obliegt die Aufgabe der Prüfung sowie der Begründung, ob der allenfalls vorhandene Schutz effektiv genug ist, den Asylbehörden.⁷⁵⁶ Diese müssen sich auch mit den persönlichen Umständen der betreffenden Person umfassend

⁷⁵¹ Urteil des BVerG BVGE 2011/51 vom 21.12.2011, E. 8.5.2; CARONI ET AL., S. 534; HATHAWAY/FOSTER, S. 342 ff.; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 71-74; UNHCR, Richtlinien Nr. 4, Ziff. 6 f.

⁷⁵² Urteil des EGMR *Salah Sheekh gegen die Niederlande* vom 11.1.2007, Nr. 1948/04, Ziff. 141.

⁷⁵³ UNHCR, Richtlinien Nr. 4, Ziff. 10-12 sowie Ziff. 24 f.

⁷⁵⁴ UNHCR, Richtlinien Nr. 4, Ziff. 7.

⁷⁵⁵ UNHCR, Richtlinien Nr. 4, Ziff. 22 f.

⁷⁵⁶ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 62.

auseinandersetzen.⁷⁵⁷ Falls eine Umsiedlung als relevant bzw. möglich erachtet wird, obliegt es der Partei, die dies geltend macht – also den Asylbehörden – den vorgeschlagenen Bereich der Umsiedlung zu bestimmen und den Nachweis zu erbringen, dass es sich um eine angemessene Alternative für die betreffende Person handelt. Zudem muss der asylsuchenden Person die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden, falls die Asylbehörde der Ansicht ist, dass interner Schutz möglich ist.⁷⁵⁸

c) *Konnex zum Recht auf Gesundheit*

Zu denken ist an den Fall, in dem eine betreffende Person geltend macht, dass ihr die von ihr benötigte medizinische Behandlung in ihrem Heimatstaat verwehrt wird. Falls der Zugang zur medizinischen Versorgung nicht systematisch, sondern bloss einmalig verwehrt wird, muss geprüft werden, ob die Person in einem anderen Teil des Staates den notwendigen Schutz erhalten könnte.⁷⁵⁹

Ein interner Schutz wird verneint, wenn eine betreffende Person am potenziellen Zufluchtsort aus individuellen Gründen konkret gefährdet wäre, wenn also die medizinische Versorgung auch dort fehlen würde. Ein anderes Beispiel einer konkreten Gefährdung am Zufluchtsort wäre, wenn die betreffende Person aufgrund der vorherrschenden Situation in völliger Armut enden und Hunger erleiden würde, sodass sich ihr Gesundheitszustand ernsthaft verschlechtern und in Invalidität oder schlimmstenfalls im Tod enden würde.⁷⁶⁰ Bei Menschen mit Behinderung sind der Gesundheitszustand der betreffenden Person sowie ihre persönliche Situation, einschliesslich sozioökonomischer Faktoren, zu berücksichtigen.⁷⁶¹ Die Asylbehörden haben somit bei der Prüfung des Vorhandenseins eines internen Schutzes zu beurteilen, ob die asylsuchende Person dort diskriminierungsfreien Zugang zu den (WSK-)Rechten hätte, die für die Niederlassung am neuen Ort erforderlich sind.⁷⁶²

So lehnte z.B. der *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* die Möglichkeit des internen Schutzes im Falle eines HIV-positiven homosexuellen Mannes ab. Es begründete dies damit, dass der Beschwerdeführer in Mexiko aufgrund von

⁷⁵⁷ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 74 mit Verweis auf das Urteil des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes vom 29.4.2015, Ra 2014/20/0151.

⁷⁵⁸ UNHCR, Richtlinien Nr. 4, Ziff. 34 und 35.

⁷⁵⁹ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 227 Fn. 324.

⁷⁶⁰ SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr*, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.7.5.

⁷⁶¹ MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 237.

⁷⁶² HATHAWAY/FOSTER, S. 358.

Diskriminierungen keinen Zugang zu Arbeit sowie zu medizinischer Behandlung erhalten würde. Das Gericht kam daher zum Schluss, dass der Beschwerdeführer asylberechtigt ist und wies den Fall an die Vorinstanz zurück.⁷⁶³

Existiert die notwendige medizinische Versorgung im Heimatstaat nicht, würde dies für die fehlende Schutzfähigkeit eines Staates sprechen. Dabei gilt es einerseits zu beachten, dass selbst bei Ressourcenknappheit bestimmte Mindestverpflichtungen des Rechts auf Gesundheit zu erfüllen sind.⁷⁶⁴ Andererseits würde eine solche Situation nur dann eine Verfolgung darstellen, sofern der daraus resultierende Schaden einen bestimmten Schweregrad erreicht und die notwendige Versorgung aus einem der fünf Verfolgungsmotive unterbleibt.⁷⁶⁵ Kommen die Asylbehörden zum Schluss, dass der Mangel an medizinischer Behandlung nicht auf einen Verfolgungsgrund zurückzuführen ist, wird die Flüchtlingseigenschaft abgelehnt. In so einem Fall könnte dann das Refoulementverbot greifen. Dabei müssten die Behörden des wegweisenden Staates nach der EGMR-Praxis – welche die Schweiz in diesen Fällen ebenfalls anwendet – überprüfen, ob die im Aufnahmestaat allgemein verfügbare Versorgung für die Behandlung der jeweiligen Krankheit ausreichend und in der Praxis geeignet ist, um eine gegen Art. 3 EMRK verstossende Behandlung zu verhindern. Weiter gilt es zu prüfen, inwieweit die betreffende Person im Aufnahmestaat tatsächlich Zugang zu dieser Betreuung und den Gesundheitseinrichtungen hat. Schliesslich sind auch die Kosten der Medikamente und der Behandlung, das Vorhandensein eines sozialen und familiären Netzes und die für den Zugang zu der erforderlichen Versorgung zurückzulegende Entfernung zu berücksichtigen.⁷⁶⁶ Bestehen nach dieser Prüfung ernsthafte Zweifel an den Auswirkungen der Wegweisung auf die Betroffenen, so muss der wegweisende Staat vom Aufnahmestaat individuelle und ausreichende Zusicherungen einholen. Der Aufnahmestaat muss garantieren, dass den betreffenden Personen eine angemessene Behandlung zur Verfügung steht und zugänglich ist, damit sie sich nicht in einer Situation befinden, die gegen Art. 3 verstösst.⁷⁶⁷ Schliesslich bleibt zu betonen, dass die Anwendungsschwelle von

⁷⁶³ Urteil des USCA, Ninth Circuit *Boer-Sedano v. Gonzales* vom 12.8.2005, 418 F.3d 1082 (9th Cir. 2005), Ziff. 9-12 auf S. 10526.

⁷⁶⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 18 mit Verweis auf CESCR, GC Nr. 3, Ziff. 9-10. Siehe auch Maas-tricht Guidelines, Ziff. 9 und 10; BOYLE, S. 60; KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 112.

⁷⁶⁵ WOUTERS, S. 82. FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 230; ICJ, *SOGI Refugee Claims*, S. 131.

⁷⁶⁶ Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* (Grosse Kammer) vom 13.12.2016 Nr. 41738/10, Ziff. 189 f.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, *Paposhvili gegen Belgien*, Ziff. 191 mit Verweis auf das Urteil des EGMR *Tarakhel gegen die Schweiz* (Grosse Kammer) vom 4.11.2014 Nr. 29217/12, Ziff. 120.

Art. 3 EMRK sehr hoch ist. Es muss sich um aussergewöhnliche Umstände handeln.⁷⁶⁸

Ist die notwendige medizinische Versorgung im Herkunftsstaat zwar vorhanden, wird sie aber einem Teil der Bevölkerung verweigert, so ist dies bei der Prüfung der Schutzwillingkeit eines Staates relevant. Denn Staaten haben die Pflicht, Menschen vor Diskriminierungen betreffend Verweigerung von medizinischer Versorgung zu schützen.⁷⁶⁹ Der kanadische *Federal Court of Appeal* hat sich in dessen *Covarrubias*-Urteil mit der Frage der Fähigkeit und des Willens von Staaten, medizinische Versorgung zu leisten, beschäftigt.⁷⁷⁰ Dazu hielt er fest:

*«For example, where a country makes a deliberate attempt to persecute or discriminate against a person by deliberately allocating insufficient resources for the treatment and care of that person's illness or disability, as has happened in some countries with patients suffering from HIV/AIDS, that person may qualify under the section, for this would be refusal to provide the care and not inability to do so.»*⁷⁷¹

Der kanadische *Federal Court of Appeal* erachtete es als möglich, dass eine solche Konstellation der Verweigerung von medizinischer Versorgung aus verfahrensrelevanten Gründen für die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft relevant sein kann. Dies nachzuweisen sei jedoch *«a difficult evidentiary hurdle to overcome.»*⁷⁷² Als Beispiel dazu dient ein Urteil der neuseeländischen *Refugee Status Appeals Authority* (RSAA). Diese hatte die Beschwerde eines Bolivianers zu prüfen, der eine Verfolgung aufgrund seiner körperlichen Behinderung nach seiner Beinamputation befürchtete.⁷⁷³ Er brauchte eine Beinprothese,

⁷⁶⁸ Urteil des EGMR D. gegen das Vereinigte Königreich vom 2.5.1997 Nr. 30240/96, Ziff. 54–59; bestätigt im Urteil des EGMR N. gegen das Vereinigte Königreich (Grosse Kammer) vom 27.5.2008 Nr. 26565/05, Ziff. 42 sowie im Urteil *Paposhvili gegen Belgien* und schliesslich im Urteil *Savran gegen Dänemark* (Grosse Kammer) vom 7.12.2021 Nr. 57467/15, Ziff. 137 ff.

⁷⁶⁹ Urteil des australischen *Federal Court* *Kuthyar v Minister for Immigration & Multicultural Affairs* vom 11.2.2000, [2000] FCA 110, Ziff. 79.

⁷⁷⁰ Urteil des *Federal Court of Appeal* *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* vom 10.11.2006, 2006 FCA 365; [2007] 3 F.C.R. 169, Ziff. 31–41.

⁷⁷¹ *Ibid.*, *Covarrubias v. Canada*, Ziff. 39.

⁷⁷² *Ibid.*, *Covarrubias v. Canada*, Ziff. 32. Ein Beispiel dafür ist das Urteil des *Federal Court* of Canada *Chalita Gonzalez v. Canada (Citizenship and Immigration)* vom 8.9.2011, 2011 FC 1059: Es ging um einen mexikanischen, HIV-positiven Asylsuchenden, der u.a. die Verweigerung der medizinischen Versorgung in Mexiko geltend machte. Das Gericht kam zum Schluss, dass er dafür keine überzeugenden Beweise vorgebracht hatte, Ziff. 41.

⁷⁷³ Urteil der RSAA vom 14.11.2007, Nr. 76015. Er machte mehrere Diskriminierungen geltend, siehe Ziff. 39.

konnte jedoch in Bolivien keine von genügender Qualität finden, die er sich leisten konnte.⁷⁷⁴ Die RSAA hielt dazu fest:

*«Contrary to the appellant's assertions, there is no fundamental human right to have free health care in Bolivia to the same standard that is available in New Zealand. Rather, the appropriate inquiry is whether the Bolivian government is unable or unwilling to provide medical services to the <highest attainable standard> (see Article 12 of ICESCR). If the state can fairly be said to do so, taking into account its resources and the demands made upon them, then no matter how far short of another country's standard they may be, there is no breach of Article 12.»*⁷⁷⁵

Dem Beschwerdeführer gelang es nach Ansicht der RSAA nicht, nachzuweisen, dass Bolivien einen besseren Standard an Gesundheitsversorgung zur Verfügung stellen könnte, dies aber aus diskriminierenden Gründen nicht tut.⁷⁷⁶

Nach Ansicht von MOTZ haben Rechtsprechungsorgane im Asylbereich regelmässig Schwierigkeiten, das Versagen des staatlichen Schutzes im Zusammenhang mit Diskriminierung und sozioökonomischen Rechten zu beurteilen.⁷⁷⁷ Die Analyse der Schutzwilligkeit eines Staates sollte sich daher auf die Bemühungen des Staates konzentrieren, Diskriminierungen, die von Personen in medizinischen Berufen und Spitälern ausgehen, zu verhindern, zu untersuchen, zu verfolgen und zu bestrafen. Wenn es aber um sozioökonomische Rechte gehe, würden Entscheidungstragende oft keine Analyse vornehmen, die über den Mangel an finanziellen Ressourcen hinausgeht.⁷⁷⁸ Vielmehr sei nach dem «*real risk*»-Standard bei der Prüfung der Schutzwilligkeit eines Staates zu untersuchen, ob die betreffende Person im Heimatstaat einem realen Risiko der Diskriminierung und eines potenziell ernsthaften Schadens bzw. einer Kumulation von Schäden, die einer Verfolgung gleichkommen, ausgesetzt wäre.⁷⁷⁹

Dazu können zwei Beispiele erwähnt werden: In einem Fall stellten eine Gesuchstellerin und ihre Tochter, die aus (damals noch) Swasiland stammen, in Kanada ein Asylgesuch. Die Gesuchstellerin war HIV-positiv und machte geltend, dass Swasiland nicht fähig wäre, angemessene medizinische Versorgung

⁷⁷⁴ Ibid., Ziff. 2 und Ziff. 22.

⁷⁷⁵ Ibid., Ziff. 44.

⁷⁷⁶ Ibid., Ziff. 45.

⁷⁷⁷ MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 201.

⁷⁷⁸ MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 230 f.

⁷⁷⁹ MOTZ, Refugee Status of Persons with Disabilities, S. 231 f.

für Frauen mit HIV zu leisten.⁷⁸⁰ Der kanadische *Federal Court* kam aufgrund aktueller NGO-Artikeln zum Schluss, dass in Swasiland wegen Änderungen der nationalen Behandlungsrichtlinien eine verbesserte Qualität der entsprechenden Gesundheitsdienstleistungen existiere. Obwohl in Kanada zweifelnsfrei eine bessere medizinische Versorgung bestehen würde, sei dies kein Grund für eine Gutheissung der Beschwerde.⁷⁸¹

Im anderen Fall hatte der *Federal Circuit Court of Australia* (FCCA) das Asylgesuch eines aus Fidschi stammenden, an HIV erkrankten Gesuchstellers zu überprüfen. Das FCCA nahm Bezug auf eine von Fidschi erlassene Verordnung zur Verhinderung der Diskriminierung von Personen mit HIV. Dies sei ein starker Hinweis dafür, dass die Behörden sich dafür einsetzen wollen, dass Personen mit HIV weniger diskriminiert werden, auch hinsichtlich der von ihnen benötigten medizinischen Behandlung.⁷⁸²

F. Begründete Furcht vor künftiger oder vergangener Verfolgung

Damit die Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist, muss die Verfolgung grundsätzlich zum Zeitpunkt des Asylentscheids noch andauern.⁷⁸³ Eine Verfolgung kann aber auch gegeben sein, «wenn begründeter Anlass zur Annahme besteht, dass sich die Verfolgung mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zukunft verwirklichen wird.»⁷⁸⁴ Eine bereits erlittene Verfolgung, eine sogenannte Vorverfolgung, kann ebenfalls relevant sein. Dabei wird als Regelvermutung angenommen, dass bei vergangener flüchtlingsrechtlich relevanter Vorverfolgung auf eine zukünftig drohende Verfolgung geschlossen werden kann.⁷⁸⁵ Wenn jedoch die erlittenen Nachteile nicht der Auslöser der Flucht waren, also weder zeitlich noch sachlich kausal für die Ausreise aus dem Heimatland waren, so scheitert diese Vermutung.⁷⁸⁶

⁷⁸⁰ Urteil des kanadischen Federal Court *Mkhonta v. Canada* vom 20.8.2015, 2015 FC 991, Ziff. 7.

⁷⁸¹ *Ibid.*, *Mkhonta v. Canada*, Ziff. 29.

⁷⁸² Urteil des FCCA *SZUFQ v Minister for Immigration and Border Protection* vom 21.12.2015, [2015] FCCA 3406, Ziff. 49–52. Aber auch wenn Einschränkungen hinsichtlich der Verfügbarkeit und Angemessenheit der Gesundheitsversorgung für HIV-Infizierte in Fidschi bestehen würden, verneinte das Gericht das Vorliegen eines ernsthaften Nachteils, Ziff. 62.

⁷⁸³ CARONI ET AL., S. 545; EPINEY ET AL., S. 51; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.6; WERENFELS, S. 189.

⁷⁸⁴ EMARK 2004 Nr. 1, E. 6.a) oder auch Urteil des BVerG E-5341/2006 vom 3.3.2011, E. 5.1.4.1.

⁷⁸⁵ CARONI ET AL., S. 545 f.; KÄLIN, Grundriss, S. 127 f.; WERENFELS, S. 294.

⁷⁸⁶ Urteil des BVerG BVGE 2010/57 vom 1.9.2010, E. 2.4 oder Urteil des BVerG BVGE 2009/51 vom 18.9.2009, E. 4.2.5; WERENFELS, S. 294 f.

Ausnahmsweise kann eine erlittene Vorverfolgung auch nach dem Wegfall einer drohenden Verfolgungsgefahr asylrechtlich relevant sein. Dies ist dann der Fall, wenn aufgrund zwingender, auf diese Verfolgung zurückzuführenden Gründen eine Rückkehr in den Verfolgerstaat unzumutbar ist.⁷⁸⁷ Das BVGer nennt als zwingende Gründe traumatisierende Erlebnisse, *«die es der betroffenen Person angesichts erlebter schwerwiegender Verfolgungen, insbesondere Folterungen, im Sinne einer Langzeittraumatisierung psychologisch verunmöglichen, ins Heimatland zurückzukehren.»*⁷⁸⁸

Dies wurde im Falle eines ehemaligen afghanischen Tanzknaben, der jahrelang missbraucht und sexuell versklavt worden war, angenommen. Begründet wurde dies mit seiner offenkundigen Langzeittraumatisierung, aufgrund welcher eine Wegweisung nach Afghanistan für ihn psychologisch unmöglich wäre. Darin sah das BVGer die zwingenden Gründe, die auch beim erst Jahre später erfolgten Asylgesuch zur Flüchtlingseigenschaft führen können.⁷⁸⁹ Dieselbe Herangehensweise verfolgt das BVGer bei bereits erfolgter FGM: Somit können nicht nur diejenigen Frauen, die vor einer drohenden FGM fliehen, eine begründete Furcht vor künftiger Verfolgung haben. Vielmehr können auch Mädchen und Frauen, an denen die Verstümmelung bereits vorgenommen wurde, einen ernsthaften Nachteil bzw. die Flüchtlingseigenschaft geltend machen und zwar aufgrund der oftmals lebenslangen schädigenden Folgen dieser Praktik.⁷⁹⁰

2. Verfolgungsmotive

Die Flüchtlingseigenschaft kann schliesslich nur dann bejaht werden, wenn die Verfolgung aufgrund eines bestimmten Verfolgungsmotivs erfolgt ist. Das AsylG und die FK nennen abschliessend fünf mögliche Verfolgungsmotive: Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, politische Anschauung. Diese wurden jedoch gesetzlich nicht

⁷⁸⁷ Diese Praxis basiert auf dem Wortlaut von Art. 1C Ziff. 5 Abs. 2 FK. Siehe dazu das Urteil des BVGer D-262/2017 vom 1.5.2017, E. 5.4. Dabei stützt sich das BVGer auf dessen langjährige Praxis, siehe dessen Urteil BVGE 2007/31 vom 9.11.2007, E. 5.4 m.w.H., insbesondere EMARK 1995 Nr. 16, E. 6.d sowie EMARK 2001 Nr. 3, E. 5.a.

⁷⁸⁸ Urteil des BVGer D-262/2017 vom 1.5.2017, E. 5.4.

⁷⁸⁹ Urteil des BVGer D-262/2017 vom 1.5.2017, E. 5.4 f.

⁷⁹⁰ Urteil des BVGer E-1425/2014 vom 6.8.2014, E. 5.6. Dabei verweist das BVGer auf die Ausführungen des UNHCR betreffend die schwerwiegenden körperlichen und seelischen Langzeitfolgen von FGM, UNHCR, Guidance FGM, Ziff. 6.

genauer konkretisiert.⁷⁹¹ Massgebend ist, dass die Verfolgung aufgrund äusserer oder innerer Merkmale einer Person erfolgt, die nicht von ihr oder ihrer Persönlichkeit getrennt werden können. Zu den äusseren Merkmalen zählen z.B. das Geschlecht, die Hautfarbe, die Herkunft, die Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe, die Sprache oder Gebrechen einer Person. Innere Merkmale erfassen u.a. das Denken, den Glauben, die politische Meinung, die Lebens-einstellung oder -form.⁷⁹² Schliesslich ist entscheidend, dass die ernsthaften Nachteile gerade wegen eines der in der FK aufgezählten Verfolgungsmerkmale drohen oder erlitten wurden.⁷⁹³

Historisch betrachtet empfanden die Verfasserinnen und Verfasser der FK die Verfolgungsmotive als ausreichend, um den Ansprüchen der europäischen Flüchtlinge nach dem Zweiten Weltkrieg gerecht zu werden. Es kann fraglich sein, wie zeitgemäss diese Kategorien noch sind. Durch eine liberale Interpretation der fünf Verfolgungsmotive, insbesondere desjenigen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, schützt die FK jedoch auch neue Rechtsschutzbedürfnisse.⁷⁹⁴ Im Folgenden werden die einzelnen Verfolgungsmotive vorgestellt.

A. Rasse

Der Begriff der «Rasse» ist auf den Rassismus zurückzuführen, der sich im 15. Jahrhundert entwickelt und seinen Höhepunkt im Zweiten Weltkrieg erreicht hat. Das Wort «Rasse» wurde nach 1945 vorerst in internationale und danach auch in nationale Gesetzestexte aufgenommen, um Rassismus sowie rassistische Ideologien zu bekämpfen.⁷⁹⁵ Die Bezeichnung «Rasse» betraf grundsätzlich physische und physiognomische Merkmale wie z.B. die Haut-

⁷⁹¹ CARONI ET AL., S. 534; KÄLIN, Grundriss, S. 87. Siehe dazu EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.7.1 oder auch STÖCKLI, N. 14.17: «Es ist letztlich auch nicht Sache des Sekretariats für Migration (SEM) oder des Bundesverwaltungsgerichts zu definieren, was «Rasse», «Religion», «soziale Gruppe» etc. bedeuten. Gerade der wissenschaftlich und soziologisch verpönte Begriff der Menschenrasse zeigt, dass es nicht um die abstrakte Zuordnung eines Verfolgungsmerkmals zu einem der fünf Motive durch die Asylbehörden des Aufnahmestaates gehen kann, sondern dass vielmehr der Verfolgerstaat durch sein Verhalten allein bestimmt, wen er weshalb verfolgt.»

⁷⁹² STÖCKLI, N. 14.17. vgl. auch das Urteil des BVGer E-2108/2011 vom 1.5.2013, E. 6.2; insbesondere zum Verfolgungsmotiv bei frauenspezifischer Verfolgung vgl. EMARK 2006 Nr. 32 E. 8.7.1.

⁷⁹³ CARONI ET AL., S. 534; EPINEY ET AL., S. 11.

⁷⁹⁴ HATHAWAY/FOSTER, S. 363; ebenso KÄLIN, Grundriss, S. 88.

⁷⁹⁵ MAHON/GRAF/STEFFANINI, S. 32.

farbe⁷⁹⁶ oder die Herkunft.⁷⁹⁷ Der Begriff deckt sich zumindest teilweise mit demjenigen der Nationalität.⁷⁹⁸ Gemäss UNHCR muss der Begriff der «Rasse» im weitesten Sinne verstanden werden, um alle Arten von ethnischen Gruppen zu erfassen, die im allgemeinen Sprachgebrauch unter «Rasse» verstanden werden.⁷⁹⁹ So hat sich die UNESCO bereits im Jahr 1950 in einer Erklärung dafür ausgesprochen, dass der Begriff der «Rasse» abgeschafft und mit «ethnischen Gruppierungen» ersetzt werden sollte.⁸⁰⁰

Auch in der Schweiz wird darüber diskutiert, ob dieser Begriff nicht gestrichen und mit dem Begriff «Ethnie» ersetzt werden sollte, da dieser Begriff oftmals anstelle von «Rasse» verwendet wird.⁸⁰¹ Entscheidend für das Vorliegen einer flüchtlingsrelevanten Verfolgung aufgrund der Rasse ist, dass eine Person verfolgt wird, weil die Verfolger glauben, sie gehöre einer rassisch diversen Gruppe an. Somit basiert der juristische Rassebegriff auf sozialen Unterscheidungen.⁸⁰²

B. Religion

Das Verfolgungsmotiv der Religion «stellt auf den Glauben einer Person in seinem weitesten Sinne ab.»⁸⁰³ Religiöse Verfolgung kann wegen einer Religion als Glaube bzw. Nicht-Glaube, als Identität oder als Lebensweise geltend gemacht werden.⁸⁰⁴ Grundsätzlich reicht die blossе Mitgliedschaft in einer religiösen Gemeinschaft nicht aus, um die Flüchtlingseigenschaft nachzuweisen, ausser es liegen besondere Umstände vor.⁸⁰⁵ Einfache Diskriminierungshandlungen gegenüber einer Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft reichen dann zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft aus, wenn sie zu einer unerträglichen psychischen Belastung führen.⁸⁰⁶

⁷⁹⁶ MAHON/GRAF/STEFFANINI, S. 10.

⁷⁹⁷ CARONI ET AL., S. 452; PROGIN-THEUERKAUF/EGBUNA-JOSS, S. 15.

⁷⁹⁸ PROGIN-THEUERKAUF/EGBUNA-JOSS, S. 15.

⁷⁹⁹ UNHCR, Handbuch, Ziff. 68.

⁸⁰⁰ UNESCO, The Race Question, Paris 1950, Ziff. 6.

⁸⁰¹ MAHON/GRAF/STEFFANINI, S. 3. Vgl. Dazu auch HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 81; ZIMMERMANN/MAHLER, Art. 1 Abs. 2 N. 342.

⁸⁰² CARONI ET AL., S. 535; HATHAWAY/FOSTER, S. 396 f.

⁸⁰³ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 84. Zum Begriff der Religion siehe ZIMMERMANN/MAHLER, Art. 1A Abs. 2, N 355 ff.

⁸⁰⁴ HATHAWAY/FOSTER, S. 401 f.; UNHCR, Richtlinien Nr. 6, Ziff. 5 ff.

⁸⁰⁵ UNCHR Handbuch, Ziff. 73.

⁸⁰⁶ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.4.2.2.

Verfolgung aufgrund der Religion kann in verschiedenen Formen auftreten, beispielsweise bei einem Verbot der Zugehörigkeit zu einer bestimmten religiösen Gemeinschaft, von öffentlichen oder privaten Glaubensbekundungen oder von religiösem Unterricht. Auch im Falle von ernsthaften Diskriminierungsmassnahmen gegenüber Personen aufgrund ihrer religiösen Zugehörigkeit kann eine Verfolgungshandlung darstellen.⁸⁰⁷ Ein weiterer Verfolgungsgrund kann die im Ausland erfolgte Konversion sein oder wenn eine Person sich aus Glaubens- und Gewissensgründen weigert, eine bestimmte Handlung vorzunehmen.⁸⁰⁸

C. Nationalität

Die Nationalität im Zusammenhang mit den möglichen Verfolgungsmotiven kann nicht nur als Staatszugehörigkeit verstanden werden. Vielmehr ist auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen oder auch sprachlichen sowie kulturellen Gruppierung gemeint, deren Angehörige dieselbe Tradition, Kultur oder Abstammung aufweisen. Somit deckt sich dieses Verfolgungsmotiv teilweise mit demjenigen der «Rasse».⁸⁰⁹ Verfolgungen von Personen aufgrund ihrer Nationalität können in Form von feindseligen Massnahmen bestehen, die gegen eine nationale (ethnische oder sprachliche) Minderheit gerichtet sind. Unter bestimmten Umständen kann schon die blossе Zugehörigkeit zu einer solchen Minderheit eine Furcht vor Verfolgung begründen. Die Existenz von mehreren nationalen (ethnischen oder sprachlichen) Gruppen innerhalb eines Staates kann zu Konflikt- sowie Verfolgungssituationen oder zur Gefahr einer Verfolgung führen. Wenn ein Konflikt zwischen nationalen Volksgruppen mit einer politischen Bewegung kombiniert ist, kann es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Verfolgung aufgrund der Nationalität oder aufgrund der politischen Anschauung führen.⁸¹⁰ Schliesslich kann Verfolgung wegen der Nationalität auch gegenüber staatenlosen Personen geschehen, wenn die Verfolgung auf dem Fehlen der Staatsangehörigkeit beruht.⁸¹¹

⁸⁰⁷ UNHCR, Richtlinien Nr. 6, Ziff. 12; UNCHR Handbuch, Ziff. 72.

⁸⁰⁸ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 87.

⁸⁰⁹ CARONI ET AL., S. 452; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 82; PROGIN-THEUERKAUF/EGBUNA-JOSS, S. 16; UNHCR, Handbuch, Ziff. 74; SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.4.2.3.

⁸¹⁰ UNHCR, Handbuch, Ziff. 74 f. Siehe dazu auch HATHAWAY/FOSTER, S. 397 ff.

⁸¹¹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.4.2.3; HATHAWAY/FOSTER, S. 399.

D. Politische Anschauung

Grundsätzlich wird etwas, das mit dem Staat, der Regierung oder mit öffentlichen Angelegenheiten zu tun hat, als «politisch» bezeichnet.⁸¹² Von der politischen Überzeugung sind folglich alle Handlungen erfasst, die mit der Gestaltung oder Erhaltung des Staates oder des Zusammenlebens zusammenhängen.⁸¹³ Der Begriff der politischen Anschauung im Sinne von Art. 1A Abs. 2 FK umfasst jegliche Kritik sowie auch nur erkennbare kritische Distanz zur staatlichen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Struktur in einem Staat.⁸¹⁴ Eine asylsuchende Person muss glaubhaft machen, dass sie eine solche regierungskritische Meinung hat, aufgrund welcher sie verfolgt wird. Dies setzt voraus, dass die politischen Ansichten der betreffenden Person von der Regierung nicht toleriert werden. Ferner muss die Regierung von diesen politischen Meinungen Kenntnis erlangt haben bzw. die regierungskritischen Ansichten müssen einer Person zugerechnet werden können. Dabei ist es nicht notwendig, dass eine betreffende Person die politische Haltung tatsächlich innehat. Sie kann ihr vom Staat oder einer nicht-staatlichen Gruppierung auch unterstellt werden.⁸¹⁵

Somit umfasst das Verfolgungsmotiv der politischen Anschauung etwa die offene Kritik an einer Regierung, die illegale Ausreise aus einem Staat oder die Missachtung von Kleidervorschriften. Erfasst ist aber auch eine neutrale Haltung oder die Verweigerung, eine politische Position einzunehmen. Dabei kann eine Person sowohl vom Staat als auch von Privaten aufgrund ihrer politischen Anschauung verfolgt werden.⁸¹⁶

E. Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe

Entgegen einem ersten Anschein handelt es sich bei diesem Verfolgungsmotiv um ein eigenes Kriterium und nicht um einen Auffangtatbestand.⁸¹⁷ In der Lehre und Rechtsprechung existieren zwei unterschiedliche Lösungsansätze betreffend die Definition einer bestimmten sozialen Gruppe. Die erste Auslegung beruft sich auf gemeinsame unveränderbare oder unveräusserliche Merkmale (*protected characteristics*). Die zweite Auslegung stellt auf die ge-

⁸¹² ZIMMERMANN/MAHLER, Art. 1A Abs. 2, N 421.

⁸¹³ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 101.

⁸¹⁴ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.4.2.4.

⁸¹⁵ UNHCR, Handbuch, Ziff. 80; HATHAWAY/FOSTER, S. 409; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 102.

⁸¹⁶ CARONI ET AL., S. 536; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 101.

⁸¹⁷ UNHCR, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, Ziff. 2.

sellschaftliche Wahrnehmung (*social perception*) ab und fordert ein gemeinsames Merkmal, das sie zu einer erkennbaren bzw. von anderen unterscheidbaren Gruppe macht.⁸¹⁸ Das UNHCR schlägt folgenden Standard vor, der beide Lösungsansätze vereinigt:

*«a particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group by society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one's human rights.»*⁸¹⁹

Diese Definition wird in der Schweizer Asylpraxis ebenfalls angewendet. So hat das BVGer in einem Entscheid im Jahr 2007 die Definition des UNHCR explizit zitiert.⁸²⁰ Nach Ansicht des SEM ist eine bestimmte soziale Gruppe dann gegeben, wenn sich eine Gruppe *«aufgrund bestimmter, der Person anhaftender bzw. unveränderbarer Eigenschaften von anderen Gruppen deutlich unterscheidet.»*⁸²¹ In der Literatur häufig genannte Beispiele für eine bestimmte soziale Gruppe sind geschlechterbasierte Gruppen,⁸²² auf die sexuelle Orientierung gerichtete Gruppen, oder beides.⁸²³ Auch Menschen mit einer Behinderung können als soziale Gruppe angesehen werden.⁸²⁴ In Fällen, in denen an schweren Krankheiten leidende Personen um Asyl ersuchen, wird zumeist das Verfolgungsmotiv der bestimmten sozialen Gruppe angenommen, so z.B. an HIV erkrankte Personen.⁸²⁵

⁸¹⁸ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 92 f.; UNHCR, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, Ziff. 6 f. Für weitere Hinweise vgl. z.B. EPINEY ET AL., S. 13 f. oder DIEZIG, S. 53 f., KAMMERMAN, S. 158 ff.

⁸¹⁹ UNHCR, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, Ziff. 11.

⁸²⁰ Urteil des BVGer E-7192/2006 vom 12.2.2007, E. 4.5.

⁸²¹ SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D1 – Die Flüchtlingseigenschaft, Ziff. 2.4.2.5. Dies gilt z.B. in Fällen, in denen Frauen verfolgt werden, siehe z.B. das Urteil des BVGer E-2108/2011 vom 1.5.2013, E. 6.2 oder auch das Urteil E-2470/2020 vom 26.1.2021, E. 6.3.

⁸²² EPINEY ET AL., S. 14; GOODWIN-GILL/MCADAM, S. 107 ff.

⁸²³ Urteil des USCA, Ninth Circuit *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service* vom 24.6.1997, Nr. 95-70887.

⁸²⁴ HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N 99; MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disabilities*, S. 304-327; UNHCR, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, Ziff. 6 f. und Ziff. 20. Siehe auch das Urteil des HCA *Chen Shi Hai v. MIMA* vom 13.4.2000, [2000] HCA 19, in denen die in China diskriminierten «schwarzen Kinder» als soziale Gruppe angesehen wurden.

⁸²⁵ So z.B. in Australien im Entscheid des RRT vom 10.6.1994, N94/04178 oder im Entscheid des RRT vom 18.8.2009, Nr. 0903707.

Wenn Menschen wegen Umweltveränderungen fliehen, stellt sich die Frage nach dem passenden Verfolgungsmotiv, da in der Regel die gesamte Bevölkerung davon betroffen ist und nicht nur ein Individuum oder eine bestimmte Gruppe.⁸²⁶ Falls die Umwelt absichtlich deshalb zerstört wird, um eine von der FK geschützte Personengruppe, z.B. eine ethnische oder religiöse Gruppierung, zu vertreiben, ist die Voraussetzung des Verfolgungsmotivs erfüllt. Dann kann das Verfolgungsmotiv der sozialen Gruppe herangezogen werden. Dies wird damit begründet, dass besonders schutzbedürftige und meist auch arme Personengruppen, wie z.B. Kinder, Frauen oder ältere Personen, von Umweltveränderungen überproportional betroffen sind.⁸²⁷ COOPER argumentiert ebenfalls für dieses Verfolgungsmotiv, da es bei Umweltvertriebenen um eine Gruppe von Personen geht, die politisch machtlos sind, ihre Umwelt zu schützen.⁸²⁸ Umweltflüchtlinge würden Zuflucht vor einer Umweltkrise suchen, die durch die kollektiven Handlungen vieler nationaler Regierungen verursacht worden sei, nicht durch eine bestimmte Regierung des Heimatlandes. Diese Unterscheidung sei zwar wichtig, ändere aber nach Ansicht von COOPER kaum etwas an der Analyse. Denn Umweltflüchtlinge, die durch den Klimawandel und den Anstieg des Meeresspiegels vertrieben werden, hätten keine andere Wahl, als nach internationalem Recht Hilfe zu suchen, wie alle anderen Flüchtlinge auch.⁸²⁹

IV. Fazit zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit

Nach Art. 1A Ziff. 2 FK werden diejenigen Personen als Flüchtlinge definiert, die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Herkunftsstaates befinden und dessen Schutz nicht beanspruchen können oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen wollen. Diese Elemente des Flüchtlingsbegriffs werden nach der herrschenden Lehre nach dem *human rights based approach*, also der menschenrechtsbasierten Auslegungsmethode, interpretiert.

⁸²⁶ HOSTETTLER, S. 155.

⁸²⁷ AMMER/NOWAK/STADLMAYR/HAFNER, S. 64; HOSTETTLER, S. 154. Da Armut ein strukturelles Problem und meistens nicht veränderbar ist, kann von einer sozialen Gruppe im Sinne der FK gesprochen werden, siehe FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 309 ff.

⁸²⁸ COOPER, S. 487.

⁸²⁹ COOPER, S. 513.

Das Vorliegen einer begründeten Furcht vor Verfolgung stellt das Schlüsselkonzept der Flüchtlingseigenschaft dar. Der Verfolgungsbegriff ist jedoch weder in der FK noch in einem anderen internationalen Instrument definiert. Gemäss dem *human rights based approach* soll bei der Interpretation des Verfolgungsbegriffs auf Menschenrechte aus universell breit abgestützten UNO-Menschenrechtsabkommen Bezug genommen werden, die im Zeitpunkt der Auslegung bestehen. Dies schliesst die Rechte aus dem UNO-Pakt I mit ein, womit auch die Verletzung von sozialen Menschenrechten eine Verfolgung darstellen kann.

In der schweizerischen Asylpraxis wird nicht explizit eine menschenrechtsbasierte Auslegungsmethode des Verfolgungsbegriffs unterstützt. So spricht Art. 3 Abs. 1 AsylG nicht von Verfolgung, sondern von Furcht vor ernsthaften Nachteilen. Es wird jedoch davon ausgegangen, dass der Flüchtlingsbegriff des schweizerischen AsylG mit demjenigen der FK übereinstimmt.

Eine Verfolgung ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn eine Menschenrechtsverletzung von gewisser Intensität vorliegt. Diese Verletzung kann auf systematische Weise erfolgt sein oder bei einem schwerwiegenden Eingriff reicht auch eine einmalige Verfolgungshandlung aus, wie z.B. bei Folter oder FGM. Die Verletzung von sozialen Menschenrechten kann dann als Verfolgung qualifiziert werden, wenn mehrere diskriminierende Handlungen oder mehrere Menschenrechte verletzt werden oder wenn durch die Verletzung der Kerngehalt des Rechts nicht mehr ausgeübt werden kann. Nach Schweizer Asylpraxis reicht die Verletzung von WSK-Rechten normalerweise nicht aus, um einen ernsthaften Nachteil zu begründen. Eine Ausnahme würde dann bestehen, wenn die körperliche Integrität einer Person dadurch verletzt werden würde, wie z.B. bei der Verweigerung von Gesundheitsversorgung in einer lebensbedrohlichen Situation.

Eine weitere Verletzung des Rechts auf Gesundheit, die eine Verfolgungshandlung darstellen kann, ist eine durch Zwang erfolgte (oder noch drohende) medizinische Behandlung, wie z.B. FGM oder Zwangsabtreibung und -sterilisation. Solche Fälle führen regelmässig als geschlechtsspezifische Verfolgung zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft. Solche Praktiken verletzen jedoch auch die aus dem Recht auf Gesundheit fließende sexuelle und reproduktive Freiheit der Betroffenen und können somit auch unter diesem Menschenrecht eine Verfolgungshandlung darstellen.

Schliesslich kann auch die durch staatliche oder nicht-staatliche Akteure ausgelöste Verschmutzung oder Verschlechterung der Umwelt das Recht auf Gesundheit beeinträchtigen. Damit solche Fälle Asylrelevanz erlangen können,

muss es sich um einen speziell gelagerten Einzelfall handeln. Zu denken ist dabei etwa an die Verweigerung von medizinischer (Not-)Hilfe an eine bestimmte Personengruppe nach einer Naturkatastrophe.

Des Weiteren muss in der schweizerischen Asylpraxis glaubhaft gemacht werden, dass eine Verfolgungshandlung gezielt gegen eine bestimmte Person oder Personengruppe gerichtet ist, wobei dieses Erfordernis kritisiert wird. Das Fehlen der Gezieltheit der Verfolgung sollte jedenfalls nicht der einzige Faktor sein, die Flüchtlingseigenschaft abzulehnen. Entscheidend für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft ist das Bestehen eines Verfolgungsrisikos aufgrund eines bestimmten Verfolgungsmotivs, wobei kein staatlicher Schutz dafür vorliegt.

Vom fehlenden staatlichen Schutz ist dann auszugehen, wenn der Staat nicht schutzfähig oder -willig ist. Im Kontext des Rechts auf Gesundheit ist zu prüfen, ob z.B. der verweigerte Zugang zur Gesundheitsversorgung systematisch oder bloss einmalig passiert ist. In letzterem Fall muss abgeklärt werden, ob die Person in einem anderen Teil des Staates den notwendigen Schutz erhalten könnte. Die Beweislast liegt diesbezüglich bei den Asylbehörden. Sie haben zu überprüfen, ob die asylsuchende Person am internen Schutzort diskriminierungsfreien Zugang zu den (WSK-)Rechten hätte, die für die Niederlassung am neuen Ort erforderlich sind. Existiert die notwendige medizinische Behandlung im Heimatstaat nicht und kommen die Asylbehörden zum Schluss, dass dies nicht auf einen Verfolgungsgrund zurückzuführen ist, wird die Flüchtlingseigenschaft abgelehnt, wobei dann das Refoulementverbot greift. Wäre die medizinische Versorgung vorhanden, so ist zu überprüfen, ob die betreffende Person im Heimatstaat einem realen Risiko der Diskriminierung und eines potenziell ernsthaften Schadens bzw. einer Kumulation Schäden, die einer Verfolgung gleichkommen, ausgesetzt wäre.

Schliesslich müssen all diese Elemente aufgrund eines Verfolgungsmotivs erfolgen oder drohen. Die Verfolgungsmotive sind abschliessend in Art. 1A Abs. 2 FK bzw. Art. 3 Abs. 1 AsylG genannt: Eine Person kann aufgrund ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung verfolgt werden.

Die ernsthaften Nachteile müssen im Zeitpunkt der Ausreise noch andauern oder sie müssen sich mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit in Zukunft verwirklichen. Bei einer bereits erfolgten Verfolgungshandlung muss glaubhaft gemacht werden, dass die Rückkehr wegen einer Langzeittraumatisierung unzumutbar ist.

Sind die erläuterten Erfordernisse erfüllt, so ist die Flüchtlingseigenschaft anzuerkennen. Die aufgezeigten Verletzungen des Rechts auf Gesundheit können folglich flüchtlingsrechtlich relevant sein, wenn sie die erforderte Intensität erreichen und ein Verfolgungsmotiv vorliegt.

§ 4 Praxis zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit

Für dieses Kapitel wurden Entscheide über Asylanträge im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit aufgearbeitet. Zu den als relevant eingestuften Fällen gehören solche, in denen ein Teilgehalt dieses Menschenrechts verletzt worden ist. Insbesondere angelsächsische Behörden und Gerichte haben sich mit dieser Thematik beschäftigt. Dabei wurde der Fokus auf diejenigen Ausführungen der Rechtsprechungsorgane gelegt, die das Recht auf Gesundheit oder damit verbundene Aspekte betreffen.

Die Mehrheit der untersuchten Fälle betreffend Asylgesuche, die auf einer Verletzung des Rechts auf Gesundheit beruhen, wurden wegen verweigertem Zugang zu medizinischer Behandlung gestellt. Daher konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf diesen Teilgehalt des Rechts auf Gesundheit. Weitere Aspekte dieses Menschenrechts, auf denen Asylgesuche beruhen, waren das Recht, keiner medizinischen Zwangsbehandlung unterworfen zu werden, sowie das Recht auf eine gesunde Umwelt. In diesem Kapitel werden einschlägige Entscheide vorgestellt, um die Argumentationen der Rechtsprechungsorgane in diesem Zusammenhang aufzuzeigen.

I. Zugang zu Gesundheitseinrichtungen

Damit Verletzungen des Rechts auf Gesundheit asylrelevant sein können, ist essenziell, dass die medizinische Behandlung einer bestimmten Person aufgrund eines Verfolgungsmotivs verweigert wird. Fehlt ein solches, so erfüllt die betreffende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht.⁸³⁰

Im Folgenden werden Fälle aufgezeigt, in denen die Verweigerung des Zugangs zu medizinischer Behandlung die Flüchtlingseigenschaft begründet hat. In den meisten Fällen wird ein derart gelagertes Asylgesuch über die Kumulations-

⁸³⁰ So z.B. im Entscheid des kanadischen IRB X (Re) vom 12.1.2000, Nr. T99-00524 und T99-00525; oder im Entscheid des IRB vom 16.4.2002, Nr. MA1-08719. Siehe auch den Entscheid des australischen RRT vom 22.8.2007, Nr. 071558011 oder das Urteil des USCA, Eighth Circuit *Ixtlilco-Morales v. Keisler* vom 2.11.2007, Nr. 06-4123 sowie den Entscheid des USCA, Seventh Circuit *Kholavskiy, v. Mukasey* vom 28.8.2008, Nr. 07-1020.

betrachtung gutgeheissen.⁸³¹ Teilweise wurde die Flüchtlingseigenschaft aufgrund der potenziellen Verletzung des Rechts auf Leben bejaht und z.T. wurde dabei explizit Bezug auf Art. 12 UNO-Pakt I genommen. Zuletzt werden die Herausforderungen hervorgehoben, die es bei der Geltendmachung von medizinischen Gründen im Rahmen eines Asylgesuchs zu beachten gilt.

1. Praxis unter Bezugnahme auf die Kumulationsbetrachtung

Gewisse Rechtsprechungsorgane bejahen im Zusammenhang mit Verletzungen von sozialen Menschenrechten eine Verfolgungshandlung dann, wenn mehrere diskriminierende Handlungen kumulativ zur Verletzung der Menschenwürde oder grundlegender Menschenrechte einer Person führen.⁸³² Dies wird insbesondere in Australien, Kanada und in den USA so gehandhabt. Daher werden nachfolgend die einschlägigen Urteile aus diesen Rechtsprechungen präsentiert. Dadurch sollen die in diesen Fällen notwendigen Argumentationen veranschaulicht werden.

A. Australische Praxis

Im Jahr 2009 machte ein vietnamesischer Beschwerdeführer vor dem australischen *Refugee Review Tribunal* (RRT) geltend, dass seine – in Australien diagnostizierte – HIV-Erkrankung in Vietnam nicht behandelt werden könne. Zudem würde er keine Arbeit finden, wenn seine Erkrankung bekannt werden würde. Schlimmstenfalls könnte er verhaftet werden, weil die Polizei ihn als Drogenhändler betrachten würde. Seine Familie würde ihn ebenfalls verstossen und er würde in der Gesellschaft generell ausgegrenzt werden wegen seiner Krankheit.⁸³³ Das RRT holte Informationen zum Gesundheitszustand des

⁸³¹ Zur Begriffserklärung siehe [Kapitel 3 unter III. 1. A. f.](#)

⁸³² Siehe z.B. all die Diskriminierungen im Iran gegenüber Angehörigen der Mandäer-Religionsgemeinschaft im Urteil des australischen Federal Court *SBAS v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs* vom 30.5.2003, [2003] FCA 528, Ziff. 58; oder der Entscheid der neuseeländischen *RSAA Re MN* vom 12.2.1996, Nr. 2039/93 sowie in dessen Entscheid vom 16.8.2000, Nr. 71427/99, E. 53a. Siehe auch den Entscheid des neuseeländischen Immigration and Protection Tribunal *BG (Fiji)* vom 20.1.2012, [2012] NZIPT 800091, Ziff. 100 ff. oder den Entscheid des kanadischen IRB vom 27.2.2003, Nr. VA1-02828, VA1-02826, VA1-02827, VA1-02829 oder das Urteil des kanadischen Federal Court vom 22.1.2007, 2007 FC 58 oder dessen Urteil *Canada (Citizenship and Immigration) v. Oh* vom 22.5.2009, 2009 FC 506, Ziff. 10. Vgl. FOSTER, S. 105 f. mit weiteren Beispielen.

⁸³³ Entscheid des RRT vom 18.8.2009, Nr. 0903707, Ziff. 23 und Ziff. 25-28.

Beschwerdeführers von ihm ein.⁸³⁴ Zudem sammelte es unabhängige Informationen betreffend Vorhandensein von medizinischer Behandlung in Vietnam sowie zur Stigmatisierung von Menschen, die in Vietnam mit HIV leben.⁸³⁵ Das RRT führte einige Massnahmen auf, welche die vietnamesische Regierung zur Bekämpfung von Diskriminierungen gegen Menschen mit HIV ergriff.⁸³⁶ Es kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer bei einer Rückkehr Diskriminierung und Stigmatisierung ausgesetzt wäre. Dadurch würde ihm der Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen und die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt in irgendeiner Weise zu verdienen, verweigert werden. Somit wäre seine Existenz in Vietnam bedroht. Das Gericht stellte fest, dass diese Diskriminierungen kumulativ einen ernsthaften Schaden und somit eine Verfolgung darstellen. Dies aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe von Menschen mit HIV/AIDS oder Hepatitis B in Vietnam. Auch sei es dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, innerhalb des Landes umzuziehen. Dafür würde er eine «household registration» benötigen, die er wegen seines niedrigen Bildungsniveaus bzw. fehlender Anstellung nicht erhalten könnte. Dies würde ihn auch daran hindern, die benötigte medizinische Versorgung zu erhalten. Aufgrund dieser Umstände erfülle er die Flüchtlingseigenschaft.⁸³⁷ In diesem Fall wurde nicht mit der Verletzung von Menschenrechten argumentiert. Vielmehr wurden die verschiedenen Nachteile, die der Beschwerdeführer bei einer Rückkehr in sein Heimatland zu befürchten hätte, aufgeführt und erläutert. Die Kumulation der Auswirkungen dieser Nachteile führte zum Entscheid des Gerichts, dass der Beschwerdeführer als Flüchtling anzuerkennen sei.

In einem Fall, den der australische *High Court* zu beurteilen hatte, ging es um die Rückweisung eines in einem australischen Ausschaffungsgefängnis geborenen chinesischen «schwarzen Kindes».⁸³⁸ Als «schwarze Kinder» werden

⁸³⁴ Ibid., Ziff. 52-71.

⁸³⁵ Ibid., Ziff. 72-78 bzw. Ziff. 79-83.

⁸³⁶ Ibid., Ziff. 86-93.

⁸³⁷ Ibid., Ziff. 115-117. Siehe dazu auch das Urteil des Federal Magistrates Court of Australia *MZXXK v Minister for Immigration and Citizenship* vom 2.5.2008, [2008] FMCA 567: Es ging um einen HIV-positiven Gesuchsteller aus Kambodscha. Das Gericht betonte, dass die Verfügbarkeit von Gesundheitsversorgung nur einer der relevanten Punkte bei der Überprüfung des Vorliegens einer begründeten Furcht vor Verfolgung sei, Ziff. 24. Im vorliegenden Fall gab es eine Reihe von Faktoren, die dazu führen können, dass der Gesuchsteller nicht in der Lage wäre, in Kambodscha zu überleben, Ziff. 21. Der Fall wurde zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen, Ziff. 27.

⁸³⁸ Urteil des HCA *Chen Shi Hai v. MIMA* vom 13.4.2000, [2000] HCA 19. Die Diskussionspunkte in diesem Urteil betrafen vor allem die Fragen, ob «schwarze Kinder» eine bestimmte soziale Gruppe sind, siehe Ziff. 32-37, und ob die Diskriminierungen, die sie

Kinder bezeichnet, die entgegen der chinesischen Ein-Kind-Politik geboren werden. Sie sind in China diversen Diskriminierungen ausgesetzt. Im Zusammenhang mit der Frage, welche bzw. wann Diskriminierungen eine Verfolgung darstellen können, erklärte das Gericht:

*«Whether the different treatment of different individuals or groups is appropriate and adapted to achieving some legitimate government object depends on the different treatment involved and, ultimately, whether it offends the standards of civil societies which seek to meet the calls of common humanity. Ordinarily, denial of access to food, shelter, medical treatment and, in the case of children, denial of an opportunity to obtain an education involve such a significant departure from the standards of the civilized world as to constitute persecution. And that is so even if the different treatment involved is undertaken for the purpose of achieving some legitimate national objective.»*⁸³⁹

Ob die unterschiedliche Behandlung verschiedener Personen oder Gruppen angemessen und geeignet ist, ein legitimes staatliches Ziel zu erreichen, hängt somit von der jeweiligen Behandlung ab. «Schwarze Kinder» werden in China anders behandelt als die restlichen Kinder. Ihnen wird der Zugang zu Nahrung, Bildung und Gesundheitsversorgung verweigert. Darin wurde in diesem Fall die Verfolgungshandlung gesehen.⁸⁴⁰ Das Gericht bejahte das Verfolgungsmotiv der bestimmten sozialen Gruppe der «schwarzen Kinder»⁸⁴¹ und im Ergebnis demnach auch die Flüchtlingseigenschaft.⁸⁴² Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgte auch in diesem Fall basierend auf mehrfachen Diskriminierungen. Die Verweigerung des Zugangs zu Gesundheitsversorgung, welche die «schwarzen Kinder» als bestimmte soziale Gruppe in China erfahren, war eine davon.

Als weiteres Beispiel dient ein Fall, in dem es um eine Asylgesuchstellerin aus Malaysia ging, die Australien um Asyl ersuchte. Sie wurde als biologischer Mann geboren und liess in Thailand eine Geschlechtsumwandlung durchführen, die in Malaysia nicht anerkannt wurde. Wegen der fehlenden Anerkennung wurde ihr Geschlechtseintrag im Identitätsausweis nicht geändert und ihr wurde in der Folge der Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen verwei-

in China befürchten, aus einer böswilligen Absicht der chinesischen Behörden erfolgen, siehe Ziff. 33–35.

⁸³⁹ Ibid., *Chen Shi Hai v. MIMA*, Ziff. 29.

⁸⁴⁰ Ibid., *Chen Shi Hai v. MIMA*, Ziff. 31, wobei das Gericht bereits am Anfang des Urteils bestätigte, dass die Vorinstanz richtigerweise von einer potenziellen Verfolgung des im vorliegenden Fall betreffenden Kindes in China ausgegangen sei, siehe Ziff. 2.

⁸⁴¹ Ibid., *Chen Shi Hai v. MIMA*, Ziff. 23.

⁸⁴² Ibid., *Chen Shi Hai v. MIMA*, Ziff. 42.

gert. So war sie verschiedenen alltäglichen Diskriminierungen ausgesetzt, beispielsweise konnte sie keine Arbeit finden und auch keine Krankenversicherung abschliessen.⁸⁴³ Ferner wurde sie mehrmals von der Polizei verhaftet.⁸⁴⁴ Das RRT kam zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin aufgrund all dieser Nachteile die Flüchtlingseigenschaft erfülle und sie daher in Australien Schutz erhalten müsse.⁸⁴⁵

B. Kanadische Praxis

In einem Urteil aus dem Jahr 2020 behandelte die kanadische *Refugee Appeal Division* (RAD) des *Immigration and Refugee Board* (IRB) die Beschwerde einer Asylgesuchstellerin und ihrer dreijährigen Tochter aus Ungarn. Diese machten geltend, dass sie in Ungarn wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit zu den Roma Diskriminierung und Rassismus in den Bereichen Bildung, Beschäftigung, Wohnen sowie Gesundheitsfürsorge erfahren hätten.⁸⁴⁶ Das Asylgesuch war in erster Instanz abgelehnt worden, da nach Ansicht der zuständigen Behörde kein Zusammenhang zwischen den vorliegenden Beweismitteln und den persönlichen Umständen der Gesuchstellerinnen bestand. Die RAD kam jedoch zum Schluss, dass aus den von der Vorinstanz akzeptierten Unterlagen hervorgehe, dass Roma in Ungarn in verschiedenen Bereichen diskriminiert werden. In Anbetracht der als glaubwürdig anerkannten Beweise gelangte die RAD somit zur Ansicht, dass durchaus ein Zusammenhang zwischen den Beweismitteln und den persönlichen Umständen besteht.⁸⁴⁷ Die RAD hielt fest:

*«I accept that, when some of these facts are considered separately, they may be considered discrimination, but when I consider these facts cumulatively, together with the Appellants' personal circumstances, the risk they would face in accessing medical care and from the nationalist Hungarians and anti-Roma groups, and the context of the country conditions, I find that the Appellants face a serious possibility of persecution.»*⁸⁴⁸

Die RAD berücksichtigte diverse Länderberichte von NGOs bezüglich der verschiedenen Diskriminierungen, denen den Roma angehörige Frauen und Mädchen in Ungarn ausgesetzt sind. Des Weiteren wurden die persönlichen Umstände der Gesuchstellerin – ihr Alter, ihr Zivilstand sowie ihre Ausbildung

⁸⁴³ Urteil des RRT vom 5.2.2010, Nr. 0903346, [2010] RRTA 41, Ziff. 36 und 46.

⁸⁴⁴ Ibid., Ziff. 31-35.

⁸⁴⁵ Ibid., Ziff. 66-71.

⁸⁴⁶ Entscheid des RAD X (Re) vom 11.3.2020, TB9-18644, TB9-18645, Ziff. 4.

⁸⁴⁷ Ibid., Ziff. 13 f.

⁸⁴⁸ Ibid., Ziff. 19.

– berücksichtigt. Schliesslich habe sie nach Ansicht der RAD glaubhaft über die von ihr erlebten Diskriminierungen berichtet.⁸⁴⁹ Nach der Würdigung all dieser Umstände kam die RAD zum Schluss, dass die Gesuchstellerinnen die Flüchtlingseigenschaft erfüllen.⁸⁵⁰

Die *Refugee Protective Division* (RPD) des IRB hatte im Jahr 2007 die Beschwerde einer äthiopischen Beschwerdeführerin, die an einer bipolaren Störung mit psychotischen Zügen litt, zu beurteilen.⁸⁵¹ Sie machte geltend, dass ihr in Äthiopien als Person mit einer psychischen Störung die Gesundheitsversorgung aufgrund von Stigmatisierung und Diskriminierung verweigert werde. Sie konnte nachweisen, dass psychisch kranke Personen in Äthiopien derart stigmatisiert werden, dass nur wenige Betreffende professionelle Hilfe in Anspruch nehmen würden. Sie habe von ihrem Umfeld keinerlei Unterstützung erhalten, sondern sei gar dazu gedrängt worden, ihre Medikamente abzusetzen.⁸⁵² Die RPD bejahte eine Verfolgung wegen der Auswirkungen all dieser Diskriminierungen aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe:

*«Returning to a culture where there [sic] her mental illness is stigmatized, where it is regarded as a taboo, with people at best ostracizing her and at worst exerting negative pulls on her to interrupt medication and avoid seeking help, with the result that she could find herself in the absence of meaningful family supports a street vagrant, presents dangerous obstacles to the claimant. It is my finding that the cumulative effect of the acts of discrimination that the claimant faces in returning to Ethiopia amounts to persecution.»*⁸⁵³

Zum selben Schluss kam die RAD in einem Fall aus dem Jahr 2019, in dem es um die Behandlungsmöglichkeiten von HIV in Nigeria ging. Die Beschwerdeführerin stellte ein Asylgesuch für sich und ihre Tochter. Dieses begründete sie damit, dass HIV-positive Personen in Nigeria mehrfachen Diskriminierungen

⁸⁴⁹ Ibid., Ziff. 20–33.

⁸⁵⁰ Ibid., Ziff. 34 f. Zum selben Schluss kam das IRB im Entscheid X (Re) vom 3.1.2020, TB9–24114, TB9–24115, TB9–24116, wo es auch um eine alleinerziehende Mutter und zwei Kinder aus Ungarn ging, die aufgrund ihrer Ethnie als Roma diverse Diskriminierungen erlebten. Im Urteil des FCA *Sallai v. Canada* (Citizenship and Immigration) vom 4.4.2023, 2023 FC 481, wurde die Beschwerde eines Roma-Gesuchstellers aus Ungarn zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Auch er hat diverse Diskriminierungen in Ungarn erlebt, u.a. auch betr. Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen, wozu er viel Nachweise eingereicht hatte, siehe Ziff. 26 und 39–48 f.

⁸⁵¹ Entscheid des IRB X (Re) vom 9.3.2007, TA5–11242 unter dem Titel «*Allegations*».

⁸⁵² Ibid., unter dem Titel «*Analysis*».

⁸⁵³ Ibid., unter dem Titel «*Analysis*».

ausgesetzt sind, so z.B. beim Zugang zu medizinischer Versorgung.⁸⁵⁴ Die RAD überprüfte die Länderinformationen und kam zu folgendem Schluss:

*«I find that the principal Appellant would face a serious possibility of persecution in Nigeria on a forward-looking basis. I also find that these persecutory country conditions exist throughout Nigeria, and that consequently there is no internal flight alternative available to the principal Appellant in Nigeria. In particular, the country conditions evidence does not support a finding that the principal Appellant would be protected from discrimination on account of her HIV-positive status that would impede her access to the medical therapies, in particular access to doctors and treatment facilities where anti-retroviral medications may be obtained, required to keep her alive.»*⁸⁵⁵

Die RAD stellte also fest, dass die Beschwerdeführerin nicht vor Diskriminierungen beim Zugang zu der von ihr benötigten medizinischen Behandlung geschützt wäre. Ferner würden HIV-positive Personen in Nigeria soziale Diskriminierung und Ausgrenzung erleben.⁸⁵⁶ Aufgrund dieser verschiedenen Diskriminierungen erfüllte die Beschwerdeführerin, als Angehörige der bestimmten sozialen Gruppe von Personen mit HIV/AIDS, die Flüchtlingseigenschaft.⁸⁵⁷

Schliesslich wurde ein an Kinderlähmung erkrankter Beschwerdeführer aus Burkina Faso vom kanadischen *Immigration and Refugee Board* (IRB) als Flüchtling anerkannt.⁸⁵⁸ Die wiederholten und anhaltenden Diskriminierungen und Belästigungen, unter denen Menschen mit Behinderung in Burkina Faso leiden würden, stellten nach den vom Beschwerdeführer und seinem unabhängigen Zeugen vorgelegten Beweisen eine erhebliche Beeinträchtigung der Grundrechte dar. Davon betroffen sei insbesondere das Recht, zu arbeiten. Damit werde möglicherweise ihr Überleben gefährdet, in einem Land, in dem die medizinische Versorgung nicht kostenlos sei. Zudem könnten Menschen mit einer motorischen Behinderung oftmals keine medizinische Hilfe in Anspruch

⁸⁵⁴ Entscheid des IRB X (Re) vom 15.5.2019, TB8-18330 und TB8-18331, Ziff. 21 und 26.

⁸⁵⁵ Ibid., Ziff. 52.

⁸⁵⁶ Ibid., Ziff. 51.

⁸⁵⁷ Ibid., Ziff. 53. Bezüglich der Tochter kam die RAD allerdings zum Schluss, dass diese in Nigeria keiner Verfolgungshandlung ausgesetzt wäre, zumal sie selbst nicht an HIV leidet. Es gäbe keine Hinweise darauf, dass Kinder von HIV-positiven Personen deswegen diskriminiert werden. Somit erfülle sie die Flüchtlingseigenschaft nicht, ibid. Ziff. 58 und Ziff. 67. Vgl. jedoch auch die Abweisung einer solchen Beschwerde im Entscheid des IRB X (Re) vom 28.9.2021, VC1-01128, wo der Beschwerdeführer u.a. nicht nachweisen konnte, dass sein Recht auf angemessene medizinische Behandlung in Ägypten beeinträchtigt wäre, siehe Ziff. 37-45.

⁸⁵⁸ Entscheid des IRB X (Re) vom 16.4.2002, MA1-08719.

nehmen. Das medizinische Personal würde die Behandlung verweigern, da sie glauben, dass der «Fluch» der betreffenden Menschen sich durch Berührung anstecken würde.⁸⁵⁹ Zudem bestehe in Burkina Faso kein staatliches Schutzsystem für Menschen mit Behinderungen. Vielmehr seien diese allein auf die Hilfe ihrer Familien oder von Hilfswerken angewiesen, um zu überleben. Da der Beschwerdeführer nachweisen konnte, dass Menschen mit einer körperlichen Behinderung in Burkina Faso unter schweren geistigen und wirtschaftlichen Härten leiden, bejahte das IRB seine ernsthaftige Furcht vor Verfolgung als Zugehöriger einer bestimmten sozialen Gruppe.⁸⁶⁰

Abschliessend werden einschlägige Fälle vorgestellt, in denen zwar die Flüchtlingseigenschaft nicht als erfüllt angesehen wurde, die Fälle jedoch zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wurden. Die Entscheide zeigen ebenfalls Argumentationen auf, die im Zusammenhang mit Verletzungen des Rechts auf Gesundheit relevant sind.

In einem Fall, den der kanadische *Federal Court* zu beurteilen hatte, ging es um das Asylgesuch eines an HIV erkrankten ungarischen Beschwerdeführers. Er begründete sein Gesuch mit der Gefahr einer Verfolgung wegen seiner ethnischen Zugehörigkeit zu den Roma sowie seiner sexuellen Ausrichtung. Aufgrund einiger Länderberichte war die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass nicht habe nachgewiesen werden können, dass dem Beschwerdeführer in Ungarn die medizinische Behandlung verweigert werden würde.⁸⁶¹ Der *Federal Court* gelangte jedoch zur gegenteiligen Ansicht:

*«In my view, the officer's finding of fact was unreasonable and did not adequately focus on the issue of personal risk for the applicant in returning to Hungary with this very serious medical condition. The applicant's evidence pointed to a personal risk based on discrimination documented in various sources. The applicant's evidence of risk was not focused on the availability of medical treatment in Hungary but rather on [sic] the fact that the availability of medical treatment and employment would be compromised, being a gay HIV-positive Roma.»*⁸⁶²

Der *Federal Court* betonte, dass die persönliche Gefährdung des Beschwerdeführers nicht den Nachweis erfordere, dass das gesamte Gesundheitssystem in Ungarn unzureichend sei. Vielmehr sei der Nachweis notwendig, dass

⁸⁵⁹ Ibid., vgl. die Fakten des Falles (ohne Titel).

⁸⁶⁰ Ibid. unter «Analysis» und «Conclusion».

⁸⁶¹ Urteil des *Federal Court* *Gorzsas v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* vom 6.5.2009, 2009 FC 458, Ziff. 2 und Ziff. 8.

⁸⁶² Ibid., Ziff. 26.

er aufgrund seiner persönlichen Umstände im Heimatland gefährdet wäre.⁸⁶³ Des Weiteren habe die Vorinstanz die potenziellen Risiken analysiert, die homosexuelle Männer oder Männer mit HIV oder Romas in Ungarn zu befürchten hätten. Die kumulativen Auswirkungen der verschiedenen Diskriminierungen, denen der Beschwerdeführer, der sowohl homosexuell als auch Roma war, und zusätzlich an HIV erkrankt war, ausgesetzt wäre, wurden folglich von der Vorinstanz nicht richtig eingeschätzt. Somit wurde der Fall zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁸⁶⁴

Ein weiterer Fall betraf zwei homosexuelle Asylsuchende aus Mexiko, die in Kanada aufgrund mehrerer diskriminierenden Handlungen gegen sie ein Asylgesuch eingereicht hatten. Bei einem von ihnen wurde in Kanada HIV diagnostiziert. So fügte er seinem Asylgesuch seine Befürchtung hinzu, dass er in Mexiko keine angemessene medizinische Behandlung erhalten bzw. vom medizinischen Personal bei der medizinischen Versorgung diskriminiert werden würde. Die Asylgesuche wurden erstinstanzlich abgelehnt. In Bezug auf die HIV-Erkrankung wurde die Abweisung damit begründet, dass nicht nachgewiesen worden sei, dass Mexiko sich weigern würde, dem Gesuchsteller eine angemessene medizinische Behandlung zu gewähren.⁸⁶⁵ Der *Federal Court* kritisierte dieses Argument der Vorinstanz dahingehend, als sie sich nur mit der Verfügbarkeit medizinischer Dienstleistungen und deren Zugänglichkeit für HIV-Infizierte befasst habe. Sie sei nicht auf die Behauptung eingegangen, dass HIV-infizierte Patienten von Ärzten und Krankenschwestern bei der Bereitstellung von Pflege und Dienstleistungen diskriminiert werden. Zudem hätten die Gesuchsteller gerügt, dass mexikanische Arbeitgebende medizinische Tests durchführen und HIV-positive Arbeitnehmer entlassen oder sich weigern würden, sie einzustellen. Auf diese behauptete Diskriminierung sei die Vorinstanz ebenfalls nicht eingegangen. Sie habe somit nicht geprüft, ob die kumulative Wirkung aller von den Gesuchstellern vorgebrachten Gründe eine Verfolgung darstellen könnte. In der Folge wurde der vorinstanzliche Entscheid kassiert und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁸⁶⁶

Im Fall *Ampong gegen Kanada* wurde die Beschwerde eines ghanaischen Gesuchstellers beurteilt. Infolge eines tätlichen Angriffs in Kanada erlitt er eine schwere Rückenmarkverletzung. Seither sind seine Beine gelähmt und er kann

⁸⁶³ Ibid., Ziff. 27.

⁸⁶⁴ Ibid., Ziff. 36-41.

⁸⁶⁵ Urteil des FCA *Castillo Ramirez v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* vom 11.4.2008, 2008 FC 466, Ziff. 2-12.

⁸⁶⁶ Ibid., *Castillo Ramirez v. Canada*, Ziff. 16-18 und Ziff. 21.

seine Arme nur eingeschränkt benutzen. Er kann weder stehen noch gehen und ist ausserdem inkontinent.⁸⁶⁷ Er begründete sein Asylgesuch damit, dass er die von ihm benötigte medizinische Versorgung in Ghana nicht erhalten würde. Ohne diese medizinische Behandlung bestehe ein hohes Lebensrisiko für ihn.⁸⁶⁸ Die Vorinstanz hatte sein Gesuch mit der Begründung abgewiesen, dass dem Gesuchsteller der Nachweis nicht gelungen sei, dass Ghana keine angemessene medizinische Versorgung bieten könne.⁸⁶⁹ Der im Anschluss an den erstinstanzlichen Entscheid angerufene kanadische *Federal Court* zitierte Folgendes aus einer Studie:

«People with disability in Ghana, and in most parts of Africa face multiple discrimination, from the home, the community and society at large and in terms of allocation of resources and opportunities.»⁸⁷⁰

So kam das Gericht zum Schluss, dass die Vorinstanz weitergehende Informationen über die in Ghana vorhandenen Diskriminierungen hätte einholen müssen. Denn kumulative Diskriminierungen, u.a. auch in der Bereitstellung von medizinischer Versorgung, könne eine Verfolgung darstellen. Somit wurde auch diese Entscheid kassiert und der Fall zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁸⁷¹

C. Praxis der USA

Der *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* hatte einen Fall russischer Beschwerdeführenden zu beurteilen, deren Sohn an zerebraler Kinderlähmung litt. Das Kind wurde in Russland nicht behandelt und erhielt keine routinemässige Gesundheitsversorgung, wie sie anderen russischen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern zur Verfügung stand. Trotz der Tatsache, dass die Argumente gegen die Gutheissung des Asylgesuchs nur leicht überwogen, wurde dieses abgelehnt, da die von der Familie erlittenen Nachteile keiner Verfolgung gleichkämen.⁸⁷² Die Vorinstanz vertrat die Ansicht, dass Russland nicht die Ressourcen habe, allen Personen den medizinischen Standard zu bieten, wie dies Industriestaaten könnten. Der *US Court of Appeals for the Ninth Cir-*

⁸⁶⁷ Urteil des FCA *Ampong v. Canada (Citizenship and Immigration)* vom 12.1.2010, 2010 FC 35., Ziff. 3.

⁸⁶⁸ Ibid., *Ampong v. Canada*, Ziff. 5.

⁸⁶⁹ Ibid., *Ampong v. Canada*, Ziff. 33.

⁸⁷⁰ Ibid., *Ampong v. Canada*, Ziff. 41.

⁸⁷¹ Ibid., *Ampong v. Canada*, Ziff. 40 f., Ziff. 45 f. und Ziff. 49 f.

⁸⁷² Urteil des USCA, *Ninth Circuit Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129, S. 4567.

cuit führte aus, dass es normalerweise keine Verfolgung darstelle, wenn ein Land aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten seinen Einwohnerinnen und Einwohnern ein bestimmtes Mass an medizinischer Versorgung nicht bieten könne. Finanzielle Engpässe eines Landes können indes nicht rechtfertigen, bestimmten Personen essenzielle Leistungen zu verweigern, wenn dies wegen der Zugehörigkeit zu einer von der Konvention geschützten Gruppe passiere.⁸⁷³ Im vorliegenden Fall erlitt der Sohn der Beschwerdeführer in Russland mehrere Nachteile,⁸⁷⁴ u.a. die Verweigerung der medizinischen Behandlung:

«Because he was officially labeled as disabled by the Russian government, Evgueni was denied rights afforded to all other citizens. One right that was significantly circumscribed was access to medical care. Specifically, Evgueni was never given any treatment for his cerebral palsy and had difficulty obtaining routine medical care afforded to other Russians as a matter of course.»⁸⁷⁵

Zudem wurde ihm das Recht auf Grundschulbildung vorenthalten.⁸⁷⁶ Als Kind wurde er gegen den Willen der Beschwerdeführer zwei Monate wegen seiner Behinderung institutionalisiert und die Gefahr einer erneuten Institutionalisierung bestehe weiter.⁸⁷⁷ All diese bereits erlittenen sowie noch drohenden Nachteile führten der US Court of Appeals for the Ninth Circuit dazu, eine Verfolgung zu bejahen.⁸⁷⁸ Die Beschwerde wurde im Ergebnis gutgeheissen und zur erneuten Prüfung an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁸⁷⁹

In einem anderen Fall ging es um eine indische Asylgesuchstellerin, die aufgrund ihrer HIV-Erkrankung und des Mangels an angemessener medizinischer Versorgung eine ernsthafte Ausgrenzung in ihrem Heimatland geltend machte. Sie befürchtete, seitens des indischen Staates für ihre Ehe mit einem Mann, der nicht an HIV erkrankt war, bestraft zu werden. Zudem befürchtete sie, wegen ihrer Erkrankung zu einer Scheidung gezwungen zu werden und von ihrer Familie und der Familie ihres Mannes verstossen zu werden. Weiter bezweifelte sie, eine Arbeit finden und eine angemessene medizinische Versorgung

⁸⁷³ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 11, S. 4579 f.

⁸⁷⁴ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 9-13, S. 4579-4581.

⁸⁷⁵ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 11, S. 4579.

⁸⁷⁶ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 11, S. 4579.

⁸⁷⁷ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 10, S. 4577 f.

⁸⁷⁸ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 12, S. 4580 f.

⁸⁷⁹ Ibid., Tchoukhrova v. Gonzales, Ziff. 16, S. 4582. Dem Jungen wurde der Zugang zur Gesundheitsversorgung wegen seiner Behinderung verweigert, nicht weil die spezifische Behandlung, die er benötigte, zu teuer war. In diesem Sinne handelte es sich um einen eindeutigen Fall von Diskriminierung des Jungen aufgrund seiner Behinderung, vgl. MOTZ, Refugee Status of Persons with Disability, S. 100.

erhalten zu können und fürchtete, an ihrer Krankheit zu sterben. Das zuständige Gericht stellte fest, dass die Bestrafung wegen der als illegal angesehenen Eheschliessung, die Verweigerung medizinischer Hilfe, die Entlassung aus einem Arbeitsverhältnis bzw. die Weigerung, eine Person gar erst einzustellen, und die Erzwingung des Verlassens der Familiengemeinschaft oder des Staates wegen der HIV-Erkrankung bei kumulativer Betrachtung eine Verfolgung darstellt.⁸⁸⁰

Der *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* beschäftigte sich in einer Beschwerde mit den Auswirkungen der Verletzungen der chinesischen Ein-Kind-Politik. Der Fall betraf einen 17-jährigen Gesuchsteller aus China, der als fünftes Kind einer Familie geboren worden war. Im Jahr 2004 reichte er in den USA ein Asylgesuch ein. Dieses wurde aufgrund des Fehlens einer früheren Verfolgung sowie des fehlenden Nachweises einer begründeten Furcht vor zukünftiger Verfolgung abgelehnt. Nach Ansicht der Erstinstanz war die wirtschaftliche Notlage, in der sich die Familie des Gesuchstellers wegen seiner Geburt befand, nicht schwerwiegend genug, um als frühere Verfolgung zu gelten. Zudem war der Gesuchsteller nie von den chinesischen Behörden inhaftiert worden und es war ihm auch erlaubt bzw. möglich, die Schule zu besuchen.⁸⁸¹ Der *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* stellte bei der Beurteilung der entsprechenden Beschwerde fest, dass die Vorinstanz verkannt habe, dass der Gesuchsteller vieler grundlegender Rechte und staatlicher Leistungen beraubt wurde und weiterhin beraubt werde. Die Vorinstanz habe die kumulative Bedeutung dieser Nachteile bei der Beurteilung des Asylantrags nicht angemessen berücksichtigt. Wegen seiner nach chinesischem Recht unrechtmässigen Geburt konnte er sich nicht offiziell registrieren lassen. Der Gesuchsteller legte Beweise dafür vor, dass ihm dadurch u.a. der Zugang zu medizinischer Versorgung verwehrt werde. Der Fall wurde zur Neuurteilung gemäss den dargelegten Prinzipien an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁸⁸²

2. Praxis unter Bezugnahme auf das Recht auf Leben

Der diskriminierungsfreie Zugang zu medizinischer Behandlung stellt eines der wichtigsten Elemente des Rechts auf Gesundheit dar. Wird dieser Zugang einer kranken Person verwehrt und nimmt ihre Krankheit dadurch einen le-

⁸⁸⁰ Ostracism, Lack of Medical Care Support HIV-Positive Alien's Asylum Request, *IJ Rules*, 15.1.2001, 78 No. 3 Interpreter Releases 233.

⁸⁸¹ Urteil des USCA, *Seventh Circuit Chen v. Holder* vom 28.4.2010, 604 F.3d 324, Ziff. 328.

⁸⁸² *Ibid.*, *Chen v. Holder*, Ziff. 332-335.

bensbedrohlichen Verlauf an, ist dadurch das Recht auf Leben berührt.⁸⁸³ So überprüft z.B. der EGMR solche Fälle nach dem Recht auf Leben gemäss Art. 2 EMRK.⁸⁸⁴ Liegt zudem ein anerkanntes Verfolgungsmotiv vor, kann dies zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führen. Das australische RRT hielt dies wie folgt fest:

*«The Tribunal accepts, on the basis of the applicant's own evidence and the report from the Hospital, the evidence relating to the applicant's medical condition. The Tribunal accepts that the applicant requires specialized ongoing medical treatment and an organ transplant. The Tribunal also accepts that the denial of medical treatment, particularly in circumstances where such denial may lead to death, may amount to serious harm and persecution.»*⁸⁸⁵

Das RRT argumentierte in einem Fall sogar explizit mit dem Recht auf Leben. Es ging um einen HIV-positiven Mann, dessen Herkunft anonymisiert wurde.⁸⁸⁶ Das RRT anerkannte eine begründete Furcht vor Verfolgung, da sich der Krankheitsverlauf des Beschwerdeführers ohne die entsprechenden Medikamente als lebensbedrohlich entwickeln würde. Es argumentierte dabei mit dem Recht auf Leben:

*«The right to life and security of person is a fundamental human right: see Universal Declaration of Human Rights, Article 3. It follows, in my view, that access to medical care and treatment is a fundamental human right and that active denial, or actions amounting to an effective denial, may constitute persecution. This is particularly so, in my view, in the Applicant's case in which he is suffering from a progressive, ongoing and life-threatening illness for which ongoing medical care is needed to maintain life itself.»*⁸⁸⁷

Der Beschwerdeführer konnte nachweisen, dass er im Falle einer Rückkehr in sein Heimatland wegen seiner HIV-Erkrankung – und somit wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe – keine medizinische Versorgung erhalten würde. Betreffend Schutzwilligkeit und -fähigkeit des Heimatstaates kam das RRT zum Schluss, dass die Haltung der heimatlichen Regierung gegenüber HIV- und AIDS-Kranken von Gleichgültigkeit und Ignoranz geprägt sei. Zudem sei das Engagement der heimatlichen Behörden, diese

⁸⁸³ Vgl. dazu TOEBES/Ó CATHAOIR, S. 32 f.

⁸⁸⁴ Siehe [Kapitel 2 unter VI. 1. B. b\).](#)

⁸⁸⁵ Entscheid des RRT vom 22.8.2007, Nr. 071558011, [2007] RRTA 181, S. 10 unter «Findings and Reasons». In diesem Fall wurde jedoch eine Verfolgung wegen des fehlenden Verfolgungsmotivs abgelehnt, vgl. S. 12 des Entscheids.

⁸⁸⁶ Entscheid des RRT vom 10.6.1994, N94/04178.

⁸⁸⁷ Ibid. unter dem Titel «Reasons for Decision».

Probleme anzugehen, bescheiden. Somit wurde die Schutzzfähigkeit des Heimatstaates des Beschwerdeführers verneint.⁸⁸⁸ Im Ergebnis bejahte das RRT schliesslich die Flüchtlingseigenschaft.⁸⁸⁹

Ein anderer Fall betraf nigerianische Asylsuchende, die geltend machten, dass ihre minderjährige Tochter die von ihr benötigte Behandlung für eine im Urteil anonymisierte Krankheit in Nigeria nicht erhalten würde, weil sie minderjährig war.⁸⁹⁰ Die Vorinstanz lehnte die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft wegen fehlenden Verfolgungsmotivs ab.⁸⁹¹ Die *Refugee Appeal Division* (RAD) hingegen war der Ansicht, dass das minderjährige Kind aufgrund des Alters Angehörige einer bestimmten sozialen Gruppe sei und dass es deswegen in Nigeria verfolgt werde. Das Alter des Kindes sei ein angeborenes und unveränderliches Merkmal, auf das es keinen Einfluss habe.⁸⁹² Die RAD stellte fest:

*«The unchallenged evidence is clear that as an eight-year old child, the minor Respondent cannot obtain life-saving treatment in Nigeria because of her age. If the Respondent was an older child or an adult, she would obtain the treatment she needs to survive. The reality is that if she were to return to Nigeria now, she would only have access to that treatment for not more than three months. The minor Respondent would die in short order after those treatments ceased to be available to her. As such, she would not survive long enough to reach an age that would make her eligible for the long-term treatment she needs.»*⁸⁹³

Die RAD kam zum Schluss, dass Nigeria zwar in der Lage sei, die erforderliche lebensrettende Behandlung zur Verfügung zu stellen. Der Staat würde der minderjährigen Gesuchstellerin diese Behandlung jedoch aufgrund ihres Alters nicht gewähren. Obwohl damit nicht eine Verfolgung beabsichtigt war, stellt die RAD fest, dass das Ergebnis der mangelnden Bereitschaft des Staates, diese Behandlung zu gewähren, eine solche darstelle. Somit habe die minderjährige Gesuchstellerin eine begründete Furcht vor Verfolgung aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. Folglich sei sie als Flüchtling anzuerkennen.⁸⁹⁴ Die RAD betonte an mehreren Stellen, dass die minderjährige Gesuchstellerin ohne die medizinische Behandlung sterben würde. Darin wurde schliesslich die Verfolgungshandlung gesehen.

⁸⁸⁸ Ibid. unter dem Titel «Reasons for Decision».

⁸⁸⁹ Ibid. unter dem Titel «Decision».

⁸⁹⁰ Entscheid des IRB vom 23.2.2016, TB5-14096; TB5-14097; TB5-14098, Ziff. 7-10.

⁸⁹¹ Ibid., Ziff. 15-16.

⁸⁹² Ibid., Ziff. 21.

⁸⁹³ Ibid., Ziff. 22.

⁸⁹⁴ Ibid., Ziff. 23 und 33.

Diese Entscheide verdeutlichen, dass in Fällen, in denen die Verweigerung von medizinischer Hilfe zum Tod einer Person führen würde, die Flüchtlingseigenschaft aufgrund der befürchteten Verletzung des Rechts auf Leben begründet werden kann.

3. Praxis unter Bezugnahme auf das Recht auf Gesundheit?

Da der diskriminierungsfreie Zugang zu medizinischer Versorgung eine der wichtigsten Aspekte des Rechts auf Gesundheit darstellt, fragt sich, ob dieses Menschenrecht die sachgerechte Grundlage für ein Asylgesuch in Konstellationen von verweigerter medizinischer Behandlung wäre.

Das australische *Refugee Review Tribunal* (RRT) hatte im Jahr 1995 z.B. die Beschwerde einer Gesuchstellerin aus einem anonymisierten Land zu beurteilen, die an HIV erkrankt war. Sie reiste 1989 nach Australien und stellte dort im Jahr 1994 ein Asylgesuch, nachdem bei ihr zuvor im gleichen Jahr HIV diagnostiziert worden war.⁸⁹⁵ Sie begründete ihr Asylgesuch vor allem damit, dass ihr in ihrem Heimatland die Behandlung ihrer Krankheit verwehrt werden würde. Ihr Bruder sei an HIV gestorben, nachdem er im Krankenhaus nicht behandelt worden war.⁸⁹⁶ Zudem würde ihr Sohn im Heimatland nicht zur Schule gehen können und diskriminiert werden. Schliesslich würde die Beschwerdeführerin wegen ihrer HIV-Erkrankung keine Arbeit finden.⁸⁹⁷ Das RRT nahm in der Diskussion dieses Falles Bezug auf das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I. Vor allem betonte es dessen Abs. 2 lit. d, wonach die Vertragsstaaten Massnahmen zur Schaffung der Voraussetzungen dafür unternehmen müssen, dass im Krankheitsfall jede Person in den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung kommen kann.⁸⁹⁸ Das RRT anerkannte, dass sich HIV ohne angemessene Behandlung zu AIDS entwickeln könne, wobei die Verweigerung der medizinischen Versorgung in diesem Fall einer Verweigerung des Rechts auf Leben gleichkommen würde.⁸⁹⁹ Es erklärte jedoch auch:

⁸⁹⁵ Urteil des RRT vom 9.10.1995, Nr. V95/03256, Ziff. 2 und 8.

⁸⁹⁶ Ibid., Ziff. 10.

⁸⁹⁷ Ibid., Ziff. 12.

⁸⁹⁸ Ibid., Ziff. 29.

⁸⁹⁹ Ibid., Ziff. 31.

«Denial of access to medical facilities of itself is such a denial of fundamental human rights that it amounts to persecution. Thus the applicant has a well-founded fear of persecution.»⁹⁰⁰

Das RRT argumentierte, dass die Verweigerung des Zugangs zu medizinischen Leistungen für eine Person mit dem Gesundheitszustand der Gesuchstellerin einer Verfolgung gleichkomme. Auch wenn es sich nicht um eine offizielle Regierungspolitik handle, scheine die Regierung entweder nicht in der Lage oder nicht willens zu sein, die Situation zu ändern. Daher bestehe für die Gesuchstellerin eine reale Gefahr der Verfolgung, die auf ein Versagen des staatlichen Schutzes in einer Situation zurückzuführen sei, in der das verfolgende Verhalten von einer Vielzahl von Einzelpersonen und Gruppen an den Tag gelegt wird.⁹⁰¹

Als Verfolgungsmotiv wurde die Zugehörigkeit zur bestimmten sozialen Gruppe der Personen mit HIV betrachtet. Bezüglich des Sohnes hielt das RRT fest, dass auch die diskriminierende Verweigerung von Ausbildung eine Verweigerung von grundlegenden Menschenrechten darstellt, die einer Verfolgung gleichkommt. Diese basierte ebenfalls auf dem Verfolgungsmotiv der bestimmten sozialen Gruppe, und zwar als Familienangehöriger einer Person mit HIV. Somit erfüllten sowohl die Beschwerdeführerin als auch ihr Sohn die Flüchtlingseigenschaft.⁹⁰²

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die gesamten Ausführungen dieser Arbeit sich in diesem Fall wiederfinden: Es wird Bezug genommen auf Art. 12 UNO-Pakt I und die entsprechenden Staatenverpflichtungen, die aus diesem Artikel fließen. Es wurde zwar auch angemerkt, dass die Gesuchstellerin wegen ihrer HIV-Erkrankung keinen Zugang zu Arbeit und zu Wohnungen erhalten würde. Zudem könnte sie unter sozialer Isolation leiden, da sie von vielen Menschen in ihrem Umfeld stigmatisiert und ausgegrenzt werden würde. Somit wurden den kumulierten Auswirkungen der zu erwartenden Diskriminierungen Rechnung getragen. Jedoch wurde auch explizit festgehalten, dass die Verweigerung des Zugangs zu medizinischen Einrichtungen an sich schon eine derartige Verweigerung eines grundlegenden Menschenrechts darstellt, dass sie einer Verfolgung gleichkommt. Folglich wurde mit einer der Kernverpflichtungen des Rechts auf Gesundheit argumentiert. Die Intensität des drohenden Nachteils wurde bejaht, weil sich die Krankheit ohne die notwendige Behandlung in AIDS entwickeln könnte. Dabei scheint

⁹⁰⁰ Ibid., Ziff. 44.

⁹⁰¹ Ibid., Ziff. 35.

⁹⁰² Ibid., Ziff. 44-49.

der Heimatstaat entweder nicht in der Lage oder nicht willens zu sein, die Situation zu ändern. Daher besteht für die Gesuchstellerin eine reale bzw. effektive Gefahr der Verfolgung, die auf ein Versagen des staatlichen Schutzes zurückzuführen ist.

Dieses Urteil zeigt auf, wie bei der Verweigerung des Zugangs zu medizinischer Behandlung, die aufgrund eines Verfolgungsmotivs erfolgt, sachgerecht mit dem Recht auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I argumentiert werden kann, um die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft zu bejahen.

4. Herausforderungen bei der Begründung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund Verletzung des Rechts auf Gesundheit

Die Glaubhaftmachung der objektiven und subjektiven Furcht vor Verfolgung stellt das Kernstück und die grösste Herausforderung im Asylverfahren dar. Dies ist auch bei Asylgesuchen, die sich auf eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit stützen, nicht anders. Nach der Untersuchung der hierzu einschlägigen Fälle hat sich herauskristallisiert, woran die Begründung der Flüchtlingseigenschaft in Fällen, die sich auf gesundheitliche Vorbringen stützen, scheitert. Dies ist beispielsweise bei fehlendem Verfolgungsmotiv der Fall. Zudem kann es vorkommen, dass die eingereichten Beweismittel als gefälscht oder nicht nützlich angesehen werden. Des Weiteren muss glaubhaft gemacht werden, dass die benötigte medizinische Versorgung im Heimatstaat tatsächlich nicht verfügbar ist. Schliesslich muss der zu erwartende Nachteil die erforderliche Intensität aufweisen. Nachfolgend werden einschlägige Fälle aufgezeigt, welche die Herausforderungen in gesundheitsrechtlichen Asylfällen veranschaulichen.

A. Fehlendes Verfolgungsmotiv

Bei Asylgesuchen, die basierend auf eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit gestellt werden, ist oftmals der Nachweis schwierig, dass den betreffenden Personen die medizinische Behandlung tatsächlich aufgrund eines anerkannten Verfolgungsmotivs verweigert wird.

Zur Veranschaulichung dient der Fall eines Gesuchstellers aus St. Vincent und den Grenadinen. Im Jahr 2007 reiste er als Tourist nach Kanada und verblieb über das Ablaufdatum seines Visums hinaus illegal im Land. Im Jahr 2009 wurde bei ihm in Kanada ein Tumor diagnostiziert. Er ersuchte daraufhin um

Asyl mit der Begründung, dass er in der Heimat keinen Zugang zu der benötigten medizinischen Versorgung erhalten würde.⁹⁰³ Der kanadische *Federal Court* kam zum Schluss, dass nicht nachgewiesen werden konnte, dass St. Vincent dem Beschwerdeführer absichtlich und in diskriminierender Weise unzureichende Mittel für seine Behandlung und Pflege zur Verfügung stellen würde. Zudem wurde kein Verfolgungsmotiv glaubhaft gemacht. Somit wurden sein Asylgesuch und die entsprechende Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Entscheid abgewiesen.⁹⁰⁴

Ein weiteres Beispiel aus der kanadischen Rechtsprechung betrifft den Fall eines ägyptischen Beschwerdeführers, der wegen kumulativen Diskriminierungen eine Verfolgung aufgrund seiner Behinderung befürchtete. Die Diagnose, die ihm als Säugling gestellt worden war, wurde im Urteil anonymisiert. Sie führte jedoch zu einem sichtbaren Hinken des Beschwerdeführers.⁹⁰⁵ Er befand sich von 2000 bis 2018 in den USA, wo er seinen Aufenthaltsstatus zu regeln versuchte. Ein Asylgesuch stellte er erst im Jahr 2018. Dies war eines der Argumente, die nach Ansicht der Erstinstanz gegen die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft sprach.⁹⁰⁶ Bezüglich des Zugangs zu medizinischer Behandlung kam die RAD zum Schluss, dass diese dem Beschwerdeführer nicht wegen seines Status als Person mit einem physischen Handicap verweigert wurde. Dass die Qualität der in Ägypten vorhandenen medizinischen Versorgung unter jener in Kanada liege, würde daran nichts ändern. Zudem konnte der Beschwerdeführer nicht nachweisen, dass es ernsthaft nachteilig für ihn wäre, wenn er die Behandlung, die er in Kanada erhält, nicht mehr erhalten würde. Die Behandlung würde zwar seine Funktionsfähigkeit optimieren, womit seine Lebensqualität verbessert werde, *«but the Appellant did not establish that these were required to maintain his basic daily functioning.»*⁹⁰⁷ Auch die anderen von ihm geltend gemachten Menschenrechtsverletzungen bzw. Diskriminierungen konnte er nicht glaubhaft machen. Die RAD kam somit zum Schluss, dass für den Beschwerdeführer keine ernsthafte Möglichkeit einer kumulativen Diskriminierung, die einer Verfolgung gleichkäme, bestehe.⁹⁰⁸

⁹⁰³ Urteil des FCA *Laidlow gegen Kanada* vom 3.2.2012, 2012 FC 144, Ziff. 1-3.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, *Laidlow gegen Kanada*, Ziff. 17-19 sowie Ziff. 31. Auch im bereits erwähnten Urteil des FCCA *SZUFQ v Minister for Immigration and Border Protection* vom 21.12.2015, [2015] FCCA 3406 bezüglich des HIV-positiven Gesuchstellers aus Fidschi gelang das Gericht zum Schluss, dass kein Verfolgungsmotiv nachgewiesen werden konnte, siehe Ziff. 125.

⁹⁰⁵ Entscheid des IRB, X (Re) Urteil vom 28.9.2021, Nr. VC1-01128, Ziff. 3.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, Ziff. 48-60.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, Ziff. 38-39.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, Ziff. 61.

Auch das Asylgesuch einer Kroatin in Kanada wurde aufgrund eines fehlenden Verfolgungsmotivs abgelehnt. Sie litt an einer im Urteil anonymisierten Genmutation, die ohne entsprechende medizinische Behandlung ein hohes Risiko von Fehlgeburten mit sich bringt. Sie machte geltend, dass sie die notwendige medizinische Betreuung in Kroatien nur durch Bezahlung von Bestechungsgeldern, die sie und ihr Partner sich nicht leisten können, erhalten würde. Sie argumentierte, dass die kroatische Regierung nicht in der Lage und nicht gewillt sei, Frauen aus ihrer besonderen sozialen Gruppe Schutz zu bieten. Die medizinische Korruption, der sie ausgesetzt sei, sei diskriminierend und hindere sie daran, Zugang zu einer qualitativ hochwertigen reproduktiven Gesundheitsversorgung zu erhalten.⁹⁰⁹ Die RAD kam zum Schluss, dass Bestechung in Kroatien nicht auf schwangere Frauen beschränkt, sondern allgegenwärtig sei und sich auf alle Lebensbereiche erstrecke. So wäre die Beschwerdeführerin im Falle einer Rückkehr nach Kroatien und im Falle einer Schwangerschaft eher der Gefahr einer Kriminalisierung als einer Verfolgung ausgesetzt. Dies sei nach Ansicht der RAD ein Risiko, das in der kroatischen Bevölkerung allgemein bestehe. Zudem habe die Beschwerdeführerin keine besondere soziale Gruppe genannt. Somit sei sie aufgrund des fehlenden Verfolgungsmotivs nicht als Flüchtling anzuerkennen.⁹¹⁰

B. Fehlende Beweiskraft von Beweismitteln

Bei der Prüfung von Asylgesuchen werden regelmässig Länderberichte über die jeweiligen Herkunftsstaaten von den zuständigen Asylbehörden untersucht. Damit diese bei der Begründung der Flüchtlingseigenschaft berücksichtigt werden, müssen sie einen Zusammenhang zum konkreten Einzelfall haben.

So wies z.B. der *US Court of Appeals for the Fifth Circuit* die Beschwerde eines HIV-positiven homosexuellen Gesuchstellers aus Venezuela ab, da nicht nach-

⁹⁰⁹ Entscheid des IRB X (Re) vom 28.6.2019, Nr. TB2-08217, TB2-09473, Ziff. 1-4 und Ziff. 21.

⁹¹⁰ Ibid., Ziff. 22-23. Zudem sei es nach Ansicht des IRB «*highly speculative*», welche Behandlung die Beschwerdeführerin angesichts ihrer Diagnose erhalten würde oder nicht, womit ihre Rüge nicht unterstützt oder belegt sei, Ziff. 32. Zudem verweist das IRB in Ziff. 33-36 auf das Urteil des EGMR *Bensaid gegen das Vereinigte Königreich* vom 6.2.2001, Nr. 44599/98, Näheres dazu in [Kapitel 1 unter II. 2. A. a\) Fn. 81](#), und kommt zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin den Wunsch geäussert habe, weitere Kinder zu bekommen. Wie im *Bensaid*-Urteil sei dies jedoch völlig spekulativ: Sie können mehr Kinder haben oder nicht. Und sollte tatsächlich ein Risiko für die sie bestehen, so sei das beanstandete Risiko eines, das auf der Unfähigkeit Kroatiens beruhe, sie medizinisch zu versorgen, womit sie nach kanadischem Recht ausdrücklich von der Schutzgewährung ausgeschlossen wäre.

gewiesen wurde, dass die Diskriminierungen, die er in Venezuela wegen seines Gesundheitszustands erfahren würde, das Ausmass einer Verfolgung annehmen würden. Namentlich wurden im eingereichten Länderbericht keine Menschenrechtsverletzungen oder allgemeine Gewalt gegen homosexuelle oder HIV-infizierte Personen erwähnt.⁹¹¹

Der kanadische *Federal Court* kam zu einem ähnlichen Schluss in einem Urteil betreffend ein HIV-positiver Gesuchsteller aus Barbados. Die von ihm eingereichten Beweismittel bestanden aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln sowie der Bestätigung eines Arztes aus Barbados, dass der Gesuchsteller HIV-positiv sei. Somit seien keine Dokumente eingereicht worden, die nachweisen würden, dass dem Gesuchsteller aufgrund seiner Homosexualität und seiner HIV-Erkrankung in Barbados der Zugang zu Gesundheitsversorgung verweigert werden würde.⁹¹²

In einem weiteren kanadischen Beispiel ging es um eine Gesuchstellerin aus Guyana, die eine Verfolgung wegen ihrer HIV-Erkrankung geltend machte. Sie reichte Dokumente ein, in denen es um die generellen Auswirkungen der Stigmatisierungen von Menschen mit HIV/AIDS in der Karibik ging, sowie um die Auswirkungen derselben auf die Inanspruchnahme von Tests und Behandlungen. Nach Ansicht der RAD in deren Entscheid aus dem Jahr 2015 bezogen sich jedoch die meisten der eingereichten Artikel nicht spezifisch auf Guyana, sondern auf die Karibik im Allgemeinen. So würden negative Stigmatisierungen von Menschen mit HIV/AIDS erwähnt, die in der Karibik allgegenwärtig seien. Es würden jedoch keine Beispiele von Personen genannt, die diskriminiert worden seien, als sie von ihrem Status erfuhren, ebenso wenig wie konkrete Beispiele der geltend gemachten Stigmatisierungen. Aus diesem Grund kam die RAD zum Schluss, dass die Artikel bloss geringen Beweiswert aufwiesen und nicht ausschlaggebend dafür sein könnten, ob die Diskriminierung, der die Beschwerdeführerin möglicherweise ausgesetzt wäre, den Grad der Verfolgung erreichen würde. Ein einziger Artikel aus dem Jahr 2007 betraf «*Guyanese health care provider's HIV-related experiences, Attitudes, and Readiness to provide Care*». Die RAD sprach auch diesem Dokument die relevante Beweiskraft ab, da es kein aktuelles Bild der Situation der Beschwerdeführerin

⁹¹¹ Urteil des USCA, Fifth Circuit *Paredes v. U.S. Attorney General* vom 5.3.2007, Nr. 06-13944, S. 9 des Urteils.

⁹¹² Urteil des FCA *Spooner v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* vom 12.9.2014, 2014 FC 870, Ziff. 27-34.

vermittele. Mit diesen Beweismitteln sei somit der fehlende staatliche Schutz nicht nachgewiesen worden.⁹¹³

Es ist ferner zu beachten, dass Berichte über die allgemeine Menschenrechtslage in einem Land nicht in jedem Fall ausreichen, um Asylvorbringen glaubhaft zu machen. Vielmehr müssen die betreffenden Personen diese objektiven Tatsachen in Verbindung mit ihren persönlichen Umständen bringen. In einem Fall machte eine rumänische Familie aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Ethnie der Roma diverse Diskriminierungen geltend. Die RAD kam zum Schluss, dass Roma aufgrund der Länderinformationen in Rumänien durchaus viele Menschenrechtsverletzungen erleben und u.a. im Bereich der Gesundheitsversorgung diskriminiert werden.⁹¹⁴ Die RAD betonte jedoch, dass auch wenn die Menschenrechtslage in einem Land problematisch sei, dies nicht zwangsläufig bedeute, dass für eine bestimmte Person ein Verfolgungsrisiko besteht. Es sei notwendig, dass ein Zusammenhang zwischen der allgemeinen Lage und den konkreten Umständen des Einzelfalls geschaffen werde. Dies gelang den Beschwerdeführenden in diesem Fall nicht, weshalb ihre Flüchtlingseigenschaft abgelehnt wurde.⁹¹⁵

C. Verfügbare medizinische Versorgung im Heimatstaat

Neben der diskriminierenden Verweigerung der Gesundheitsversorgung stellt sich regelmässig auch die Frage nach der Verfügbarkeit von medizinischer Versorgung im Herkunftsland. Diese glaubhaft zu machen, stellt ebenfalls eine Herausforderung bei Asylgesuchen dar, die auf Verletzungen des Rechts auf Gesundheit basieren.

So wurde im Fall eines türkischen Aleviten, der an Posttraumatischer Belastungsstörung (PTBS) litt und daher auf ständige medizinische Versorgung angewiesen war, vom kanadischen *Immigration and Refugee Board* (IRB) entschieden, dass es in der Türkei Unterstützungsleistungen für Personen mit

⁹¹³ CA IRB, Urteil vom 2.4.2015, X (Re), TB4-12785, Ziff. 15-20. MOTZ ist der Ansicht, dass die RAD sich in diesem Fall nur oberflächlich mit dem Problem der diskriminierenden Verweigerung von medizinischen Leistungen auseinandergesetzt habe. Die RAD habe sich nur auf die Frage beschränkt, ob entsprechende Behandlungen vorhanden seien. Der Fokus hätte jedoch auf die Beantwortung der Frage liegen sollen, ob gesellschaftliche Schranken in Form von Diskriminierungen sowie deren Auswirkungen auf Betroffene vorliegen würden, die deren Fähigkeit, Behandlung aufzusuchen, beeinträchtigen würden, vgl. MOTZ, *Refugee Status of Persons with Disability*, S. 101.

⁹¹⁴ Entscheidung des IRB X (Re) vom 11.1.2021, TC0-03362, TC0-03363, TC0-03364, TC0-03365, Ziff. 42 f.

⁹¹⁵ Ibid., Ziff. 44-48.

psychischen Störungen gäbe. Es gäbe 1.3 psychiatrische Betten pro 10'000 Einwohner, einen Neurochirurgen, einen Neurologen, einen Psychologen und einen Sozialarbeiter pro 100'000 Einwohner. Folglich ging das IRB vom Vorhandensein einer angemessenen medizinischen Behandlung für den Gesuchsteller aus und wies das Asylgesuch des Antragstellers ab.⁹¹⁶ Die Beurteilung der IRB wurde von MOTZ kritisiert, denn mit den dargelegten Zahlen bestehe bloss eine Chance von 99'999 zu 100'000, um die medizinische Behandlung einer entsprechenden Fachperson zu erhalten. Ihrer Ansicht nach sei somit von einem realen und objektiven Risiko dafür auszugehen, dass der Gesuchsteller keine angemessene medizinische Versorgung erhalten würde. Folglich habe es das IRB versäumt, die Auswirkungen einer fehlenden Behandlung für den Gesuchsteller zu berücksichtigen und zu prüfen, ob dies einen ernsthaften Schaden darstellen würde.⁹¹⁷ Ebenso argumentierte die RAD im Fall einer psychisch kranken Mutter eines an einem Geburtsgebrechen leidenden Sohnes. In diesem Fall wurden 130 bis 200 Psychiater und 8 neuropsychiatrische Krankenhäuser für eine Bevölkerung von etwa 200 Millionen Menschen in Nigeria als ausreichend erachtet für die psychiatrische Versorgung der Gesuchstellerin.⁹¹⁸

D. Fehrender ernsthafter Nachteil

Schliesslich muss glaubhaft gemacht werden, dass durch den verweigerten Zugang zur medizinischen Behandlung im Heimatstaat ein ernsthafter Nachteil entstehen würde. So wurde z.B. das Asylgesuch einer ungarischen Roma, die nach einem Schlaganfall geltend machte, dass ihr aufgrund ihrer Ethnie keine Rehabilitationsleistungen angeboten würden, abgelehnt. Das kanadische IRB gelang zu diesem Schluss, weil keine objektiven Beweise zur Stützung dieser Behauptungen vorlagen. Zudem wurde nicht glaubhaft gemacht, dass die Rehabilitationsbehandlung notwendig war oder deren Verweigerung schwerwiegende Folgen hatte.⁹¹⁹ Ein anderes Beispiel betrifft das Asylgesuch einer Roma-Familie aus der Slowakei, die u.a. eine weit verbreitete Diskriminierung in der dortigen Gesundheitsversorgung geltend machte. Insbesondere würde eines der Kinder, das an einer im Urteil anonymisierten, seltenen Krankheit

⁹¹⁶ Entscheid des IRB X (Re) vom 27.4.2007, VA6-02734, Ziff. 48.

⁹¹⁷ Vgl. dazu MOTZ, Refugee Status of Persons with Disability, S. 103.

⁹¹⁸ Entscheid des IRB X (Re) vom 10.9.2019, TB9-16802; TB9-16803; TB9-16804; TB9-16805, Ziff. 36 f.

⁹¹⁹ IRB, Urteil vom 11.8.2015, X (Re), VB3-03416/03417/03418, Ziff. 18-20. Vielmehr brachten ihr Ehemann und ihr Sohn ihr das Gehen wieder bei nach einem ihrer Schlaganfälle. Dies gelang ihnen offenbar trotz fehlender medizinischer Ausbildung, vgl. Ziff. 18.

litt, nicht die angemessene Behandlung erhalten.⁹²⁰ Die dem Gericht vorliegenden Beweismittel legten demgegenüber offen, dass das Kind in der Slowakei eine medizinische Behandlung erhalten würde. Nach Ansicht des IRB würden keine Beweise für eine unsachgemässe oder unzureichende Behandlung durch das medizinische Personal in der Slowakei vorliegen. Schliesslich wurde auch die Vermutung des staatlichen Schutzes in Bezug auf die Gesundheitsversorgung in der Slowakei nicht widerlegt. So kam das IRB zum Schluss, dass die Gesuchstellenden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen.⁹²¹

E. Zwischenfazit

Es hat sich gezeigt, dass aktuelle Länderberichte sowie konkrete – bestenfalls dokumentierte – Beispiele der geltend gemachten Diskriminierungen im Heimatstaat wichtig sind für die sachgerechte Analyse der Flüchtlingseigenschaft. Diese generellen Berichte müssen zudem in Verbindung gebracht werden mit den individuellen Verhältnissen und Umständen der betreffenden Personen. Schliesslich müssen auch medizinische Berichte eingereicht werden, die genau belegen, welche Folgen das Ausbleiben der medizinischen Behandlung im Heimatland nach sich ziehen würde.

5. Fazit zur Praxis betreffend Zugang zu Gesundheitsversorgung

Asylgesuche, die auf der Verweigerung der medizinischen Behandlung im Heimatland beruhen, können die Flüchtlingseigenschaft begründen, wenn dies aufgrund eines Verfolgungsmotivs geschieht. Regelmässig liegen in solchen Fällen weitere Menschenrechtsverletzungen vor. Die kumulativen Auswirkungen verschiedener Diskriminierungen, inklusive der Verletzung des Rechts auf Gesundheit, können im Einzelfall eine Verfolgung darstellen.

Zur sachgerechten Beurteilung solcher Fälle müssen genaue Informationen zu den im Heimatstaat vorherrschenden Diskriminierungen vorliegen. Es gilt zu berücksichtigen, ob und welche Massnahmen die heimatlichen Behörden zur Bekämpfung solcher Diskriminierungen vornehmen. Dabei kann Ressourcenmangel in einem Staat nicht als Rechtfertigung dienen, wenn einer bestimmten Person wegen der Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe medizinische Leistungen verwehrt werden. Des Weiteren ist das Vorhandensein eines

⁹²⁰ IRB, Urteil vom 16.1.2015, X (Re), TB4-09250, TB4-09280, TB4-09286, TB4-09287, Ziff. 52 f.

⁹²¹ Ibid., Ziff. 56-59 und Ziff. 81.

familiären Umfelds zur Unterstützung der betreffenden Person zu überprüfen. Es sind folglich alle objektiven sowie subjektiven Umstände des Einzelfalls bei der Beurteilung des Vorliegens der Flüchtlingseigenschaft mitzuberücksichtigen.

Schliesslich muss sich der Gesundheitszustand der betreffenden Person wegen der verweigten medizinischen Behandlung signifikant verschlechtern, damit eine Verfolgung bejaht wird. Dies erscheint sachgerecht, verlangt doch der Verfolgungsbegriff eine Menschenrechtsverletzung von einer gewissen Intensität.⁹²² In bestimmten Fällen wird sodann mit dem Recht auf Leben argumentiert, wenn sich der Gesundheitszustand der betreffenden Person ohne die notwendige medizinische Behandlung lebensgefährlich entwickeln würde. Die Verweigerung des diskriminierungsfreien Zugangs zu medizinischen Einrichtungen und Leistungen stellt jedoch eine Kernverpflichtung des Rechts auf Gesundheit dar.⁹²³ Damit ist es sachgerecht, dass bei derart gelagerten Asylvorbringen eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit als mögliche Verfolgungshandlung geprüft wird. Es bleibt abschliessend festzuhalten, dass die diskriminierende Verweigerung von medizinischer Behandlung im Heimatland als ernsthafter Nachteil im Sinne einer Gefährdung des Leibes und des Lebens nach Art. 3 AsylG qualifiziert werden muss.

II. Medizinische Zwangsbehandlung

Eine wichtige Möglichkeit, wie das Recht auf Gesundheit in Flüchtlingsentscheidungen zum Tragen kommen kann, ist die Verpflichtung der Staaten, keine medizinischen Zwangsbehandlungen durchzuführen.⁹²⁴ Nachfolgend werden einschlägige Fälle aufgezeigt, in denen nach durchgeführter bzw. drohender medizinischer Zwangsbehandlung ein Asylgesuch eingereicht wurde.

1. Verletzung von Aspekten des Rechts auf Gesundheit

Aus dem Recht auf Gesundheit fliesst die Verpflichtung von Staaten, keine medizinischen Zwangsbehandlungen oder Experimente durchzuführen.⁹²⁵ Eine Ausnahme liegt vor, falls dies der Behandlung von psychischen Krankheiten oder der Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten dient, wobei

⁹²² Siehe dazu [Kapitel 3 unter III. 1. B.](#)

⁹²³ Siehe dazu [Kapitel 2 unter IV. 1. B.](#) und unter [IV. 2. B. b\).](#)

⁹²⁴ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8 und Ziff. 34; vgl. FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 232 f.

⁹²⁵ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8.

solche Ausnahmefälle spezifischen und restriktiven Bedingungen unterliegen.⁹²⁶

Ein Beispielfall für eine medizinische Zwangsbehandlung, der von der Lehre im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit im Flüchtlingskontext angeführt wird,⁹²⁷ ist das *Pitcherskaia*-Urteil des *US Court of Appeals for the Ninth Circuit*.⁹²⁸ Die lesbische Beschwerdeführerin *Pitcherskaia* wurde in Russland mehrmals festgenommen, weil sie an Demonstrationen oder sonstigen Kundgebungen für die Rechte von homosexuellen Personen teilgenommen hatte. Sie legte Beweismittel vor, dass viele lesbische Frauen in Russland unfreiwillig «behandelt» und in psychiatrische Einrichtungen eingewiesen werden. Diese «Behandlung» konnte Elektroschocks und Beruhigungsmittel umfassen. Die Vorinstanz lehnte das Vorhandensein einer Verfolgung ab, da diese Behandlungen durchgeführt worden seien, um die Beschwerdeführerin zu heilen und nicht, um sie zu bestrafen bzw. zu verfolgen.⁹²⁹ Der *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* diskutierte folglich die Notwendigkeit eines Bestrafungselements der Verfolgungshandlung. Es kam zu folgendem Schluss:

«The fact that a persecutor believes the harm he is inflicting is <good for> his victim does not make it any less painful to the victim, or, indeed, remove the conduct from the statutory definition of persecution. The BIA majority's requirement that an alien prove that her persecutor's subjective intent was punitive is unwarranted. Human rights laws cannot be sidestepped by simply couching actions that torture mentally or physically in benevolent terms such as <curing> or <treating> the victims.»⁹³⁰

Der Fall wurde zur Neubehandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁹³¹ In diesem Urteil wurde nicht explizit Bezug auf ein Menschenrecht genommen, das durch die Zwangsbehandlung verletzt wurde. Aus dem Recht auf Gesundheit fließt jedoch die Verpflichtung der Staaten, von betreffenden Personen vor einem medizinischen Eingriff ihre Einwilligung einzuholen. Aus diesem Urteil kann der Schluss gezogen werden, dass bei derartigen medizinischen Zwangsbehandlungen das Risiko einer Verfolgungshandlung bestehen kann.

⁹²⁶ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 34.

⁹²⁷ HATHAWAY/FOSTER, S. 235 f. sowie FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 233.

⁹²⁸ Urteil des USCA, Ninth Circuit *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service* vom 24.6.1997, Nr. 95-70887.

⁹²⁹ *Ibid.*, *Pitchersakai*-Urteil, unter I.

⁹³⁰ *Ibid.*, *Pitchersakai*-Urteil, unter II. B., Ziff. 9.

⁹³¹ *Ibid.*, *Pitchersakai*-Urteil, unter «Conclusion».

2. Abgrenzung zu Folter und anderer unmenschlicher, grausamer oder erniedrigender Behandlung

Gewisse medizinische Zwangsbehandlungen werden von Rechtsprechungsorganen unter dem Aspekt von Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung geprüft. Einschlägige Fälle dazu werden nachfolgend aufgezeigt, um sie vom Recht auf Gesundheit abgrenzen zu können.

A. Zwangssterilisationen oder -abtreibungen

Weitere Beispiele von medizinischen Zwangsbehandlungen, die in der Vergangenheit Grundlage von Asylgesuchen waren, sind Zwangssterilisationen oder -abtreibungen. Die in diesem Zusammenhang relevante Rechtsprechung betrifft vor allem Asylgesuche von chinesischen Staatsangehörigen, die im Zuge der in den 1980er und 1990er Jahren in China geltenden Ein-Kind-Politik geflüchtet sind. Im Fall *Lidan Ding v. Ashcroft* beispielsweise ging es um das Asylgesuch einer chinesischen Beschwerdeführerin in den USA.⁹³² Dieses basierte auf einer an ihr vorgenommenen Zwangsabtreibung, weil sie ausserhehlich schwanger geworden war. Die Beschwerdeführerin wurde gegen ihren Willen in ein Krankenhaus gebracht, wo sie sich zuerst körperlich wehrte und gegen die Zwangsbehandlung ankämpfte, bis sie während des Eingriffs gewarnt wurde, dass sie sich dadurch selbst verletzen könnte. Ihr Asylgesuch wurde zuerst abgelehnt, u.a. weil sie während der Abtreibung nicht physisch festgehalten worden und diese daher nicht erzwungen worden sei. Der *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* verstand jedoch unter Zwang «*a much broader concept, which includes compelling, obliging, or constraining by mental, moral, or circumstantial means, in addition to physical restraint.*»⁹³³ Das Gericht kam zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin einen gesetzlichen Anspruch auf Asyl habe und als Flüchtling in den USA anzuerkennen sei.⁹³⁴ In diesem Urteil wurde kein spezifisches Menschenrecht bei der Verfolgungshandlung genannt, sondern es wurde das Vorliegen des Zwangs untersucht. Zudem beantragte die Beschwerdeführerin Asyl, die Aussetzung ihrer Wegweisung sowie Schutz nach der Folterkonvention und machte dabei eine Furcht vor Verfol-

⁹³² Urteil des USCA, Ninth Circuit *Lidan Ding v. Ashcroft* vom 8.11.2004, 387 F.3d 1131.

⁹³³ *Ibid.*, *Lidan Ding v. Ashcroft*, unter III.

⁹³⁴ *Ibid.*, *Lidan Ding v. Ashcroft*, unter III. Auch im Urteil des USCA, Ninth Circuit *Wang v. Ashcroft* vom 9.5.2003, Nr. 02-70486 wurde entschieden, dass bei einer Zwangsabtreibung kein physisches Zurückhalten geltend gemacht werden muss.

gung aufgrund der Zwangsmassnahmen in China im Bereich der Familienplanung geltend.

Auch in der Schweiz stellte bereits nach Ansicht des damaligen Bundesamts für Migration (BFM) die Zwangsabtreibung als unmenschliche Behandlung⁹³⁵ eine Verfolgungshandlung dar.⁹³⁶ Das SEM anerkennt gemäss seinem Handbuch Opfer von Zwangsabtreibungen und -sterilisationen als bestimmte soziale Gruppe im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischer Verfolgung.⁹³⁷

Zudem nennt der UN-Menschenrechtsausschuss Zwangsabtreibung als Beispiel einer Verletzung des Folterverbots nach Art. 7 UNO-Pakt II.⁹³⁸ Das UNHCR sieht Zwangssterilisation sowie auch erzwungene Geschlechtsumwandlungen als Verletzung des Folterverbots an.⁹³⁹ Auch HATHAWAY und FOSTER nennen Zwangsabtreibungen und -sterilisationen als Beispiele für Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung.⁹⁴⁰ Bei der Praktik der Zwangssterilisation verweisen sie u.a. auf das kanadische *Chan*-Urteil,⁹⁴¹ in dem es um das Asylgesuch eines chinesischen Gesuchstellers ging. Dieser verliess China nach der Geburt seines zweiten Kindes aus Furcht vor einer Zwangssterilisation im Zuge der damals in China geltenden Ein-Kind-Politik.⁹⁴² Nach der Ansicht der Mehrheit der Richter des kanadischen *Supreme Court* konnte der Beschwerdeführer jedoch nicht nachweisen, dass ihm tatsächlich eine Zwangssterilisation drohen würde bei einer Rückkehr nach China. Daher wurde die Beschwerde abgewiesen.⁹⁴³ Dass Zwangssterilisation eine Verletzung von fundamentalen Menschenrechten darstellt, wurde jedoch

⁹³⁵ So die Ansicht des damaligen BFM im Urteil des BVGer D-2799/2009 vom 11.5.2009, S. 4.

⁹³⁶ Urteil des BVGer D-1387/2010 vom 15.2.2011, E. 4.2, wo das BVGer entgegen der Auffassung des BFM feststellte, dass die der Beschwerdeführerin in China drohende Zwangsabtreibung nicht als völlig unglaublich zu erachten sei. Das BVGer nahm dabei Bezug auf einen Bericht von Amnesty International zur Durchsetzung der chinesischen Ein-Kind-Politik in den uigurischen autonomen Gebieten. Da der Ehemann der Beschwerdeführerin die kasachische Staatsangehörigkeit besass, wurde die Beschwerde ans BFM zurückgewiesen zur Neuurteilung der Frage, ob die Familie nach Kasachstan weggewiesen werden könne, siehe E. 4.3-5.2.

⁹³⁷ SEM Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D2.1, die geschlechtsspezifische Verfolgung, Ziff. 2.3.2 auf S. 5.

⁹³⁸ CCPR, General Comment No. 28, Ziff. 11.

⁹³⁹ UNHCR, SOGI, Ziff. 38.

⁹⁴⁰ HATHAWAY/FOSTER, S. 216 f.

⁹⁴¹ Urteil des kanadischen Supreme Court *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* vom 19.10.1995, [1995] 3 S.C.R. 593.

⁹⁴² *Ibid.*, *Chan v. Canada*, Ziff. 5-9.

⁹⁴³ *Ibid.*, *Chan v. Canada*, Ziff. 149-151.

nicht bezweifelt: Sie wurde als unmenschliche und erniedrigende Behandlung, die körperliche Verstümmelung beinhaltet, bezeichnet.⁹⁴⁴

Auch die Richterinnen und Richter des australischen *High Court* sahen Zwangssterilisation als die Verweigerung von fundamentalen Menschenrechten an. Sie verletze das Recht auf Sicherheit nach Art. 3 AEMR sowie das Recht, eine Familie zu gründen, gemäss Art. 16 AEMR oder Art. 23 UNO-Pakt II.⁹⁴⁵ Das Gericht lehnte jedoch die Beschwerde der chinesischen Gesuchstellenden, deren erster und einziger Sohn geboren wurde, als diese bereits in Australien waren, ab.⁹⁴⁶

Demgegenüber wurde im *Cheung*-Urteil die Beschwerde chinesischer Gesuchstellerinnen, die ihr Heimatland ebenfalls aus Furcht vor Zwangssterilisation verlassen hatten, gutgeheissen.⁹⁴⁷ Nach der Geburt ihres Sohnes und erfolgloser Verwendung einer Spirale musste die Beschwerdeführerin drei Schwangerschaftsabbrüche durchführen lassen. Bei der vierten Schwangerschaft beschloss sie, diese nicht zu beenden. Ihr zweites Kind wurde jedoch nicht in einem Krankenhaus geboren und es erhielt in der Folge die für Kleinkinder übliche medizinische Versorgung nicht. Eines Tages wurde sie vom *Family Planning Bureau* zwangsweise in ein Krankenhaus verbracht, um sterilisiert zu werden. Die Zwangssterilisation konnte jedoch wegen einer Infektion der Beschwerdeführerin nicht ausgeführt werden. Schliesslich flüchtete sie zusammen mit ihrer Tochter nach Kanada und stellte ein Asylgesuch.⁹⁴⁸ Dieses wurde von der Erstinstanz wegen fehlender Verfolgungsabsicht seitens der chinesischen Regierung abgewiesen.⁹⁴⁹ Der *Federal Court of Appeal* kam allerdings zum Schluss, dass Zwangssterilisation das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit nach Art. 3 AEMR sowie das Folterverbot nach Art. 5 AEMR verletzt. Zudem würde die Tochter der Beschwerdeführerin bei einer Rückkehr nach China schwerwiegenden Diskriminierungen ausgesetzt sein, einschliesslich des Entzugs von medizinischer Versorgung, Bildungs- und Beschäftigungs-

⁹⁴⁴ Ibid., *Chan v. Canada*, Ziff. 73. In diesem Urteil wurde allem das Verfolgungsmotiv der bestimmten sozialen Gruppe diskutiert, siehe Ziff. 82-89.

⁹⁴⁵ Urteil des australischen High Court *A and Another v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another* vom 24.2.1997, BRENNAN Chief Justice auf S. 4 oder DAWSON auf S. 13.

⁹⁴⁶ Die Richter DAWSON, MCHUGH und GUMMOW lehnten das Vorliegen des Verfolgungsmotivs der bestimmten sozialen Gruppe ab; anderer Ansicht waren die Richter BRENNAN und KIRBY.

⁹⁴⁷ Urteil des FCA *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* vom 1.4.1993, [1993] 2 F.C. 314. Dasselbe geschah im Urteil des FCA *Jin Xia Zheng v. Canada (The Minister of Citizenship and Immigration)* vom 30.3.2009, 2009 F.C. 327, E. 13.

⁹⁴⁸ Ibid., *Cheung v. Canada*, unter «Facts».

⁹⁴⁹ Ibid., *Cheung v. Canada*, unter «The Reasons of the Board».

möglichkeiten und sogar von Nahrungsmitteln. Diese Diskriminierungen kämen einer Verfolgung gleich.⁹⁵⁰ Das Gericht kam zum Schluss, dass beide Beschwerdeführerinnen als Flüchtlinge in Kanada anzuerkennen seien.⁹⁵¹

Es bleibt anzumerken, dass gemäss internationalen Menschenrechten Handlungen, die Folter oder eine andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen, keinesfalls gerechtfertigt werden können. Daher kann in solchen Fällen keine Interessenabwägung zwischen den Zielsetzungen einer Regierung und den Grundrechten von Menschen stattfinden.⁹⁵² So erklärte die kanadische Richterin BARNES im *Jin Xia Zheng*-Urteil, dass Staaten durchaus Gesetze betreffend Familienplanung und Bevölkerungskontrolle erlassen können. Doch die Massnahmen, mit welchen diese Ziele erreicht werden sollen, müssen stets kritisch untersucht werden.⁹⁵³

B. Verweigerung von Hormonbehandlungen

Im Fall *Andrea Fields v. Judy Smith*⁹⁵⁴ hatte der US Court of Appeals for the Seventh Circuit eine Klage von drei Insassen des Wisconsin Department of Corrections zu beurteilen. Bei diesen wurde Genderinkongruenz (*Gender Identity Disorder*; GID) diagnostiziert, weswegen ihnen Hormone verschrieben wurden. In ihrer Klage rügten sie die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes des Bundesstaates Wisconsin. Dieses Gesetz untersagte es der Strafvollzugsbehörde, transsexuellen Häftlingen bestimmte medizinische Behandlungen, einschliesslich Hormontherapie und Operationen zur Geschlechtsumwandlung, zu gewähren. Wird einer an GID leidenden Person eine bereits begonnene Hormonbehandlung entzogen, kann es zu schweren Komplikationen wie Muskelschwund, Bluthochdruck oder neurologischen Komplikationen kommen. So geschah es auch den drei klageführenden Personen. Das Gericht kam zu folgendem Schluss: «*Refusing to provide effective treatment for a serious medical condition serves no valid penological purpose and amounts to torture.*»⁹⁵⁵ Nach Ansicht des Gerichts verstösst das Gesetz gegen das in der amerikanischen Verfassung verankerte Verbot grausamer Bestrafung.⁹⁵⁶ Die Interna-

⁹⁵⁰ Ibid., *Cheung v. Canada*, unter «Decision b) Persecution».

⁹⁵¹ Ibid., *Cheung v. Canada*, unter «Conclusion».

⁹⁵² HATHAWAY/FOSTER, S. 217 f.

⁹⁵³ Urteil des FCA *Jin Xia Zheng v. Canada* (*The Minister of Citizenship and Immigration*) vom 30.3.2009, 2009 F.C. 327, E. 13.

⁹⁵⁴ Urteil des USCA, Seventh Circuit *Fields v. Smith* vom 5.8.2011, Nr. 10–2339, 10–246.

⁹⁵⁵ Ibid., *Fields v. Smith*, unter II.

⁹⁵⁶ Eighth Amendmend of the US Constitution.

tional Commission of Jurists⁹⁵⁷ gelangt in Anbetracht dieses Urteils zur Auffassung, dass die vorsätzliche Unterlassung der Bereitstellung ausreichender Mittel für die medizinisch notwendige Gesundheitsversorgung von Transgender-Personen aus diskriminierenden Gründen eine Verfolgung darstellen könne.⁹⁵⁸ Diese Ansicht erscheint sachgerecht, würde doch ein so gelagerter Fall die Kernverpflichtung aus dem Recht auf Gesundheit verletzen, dass allen Personen diskriminierungsfreier Zugang zu den von ihnen benötigten medizinischen Leistungen gewährt werden muss.

3. Fazit zu medizinischen Zwangsbehandlungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Zwangsabtreibung und -sterilisation neben dem Recht auf Gesundheit noch weitere Menschenrechte verletzen. Dass solche Praktiken als Verfolgungshandlung zu qualifizieren sind, ist unumstritten. Asylbehörden und Rechtsprechungsorgane überprüfen so gelagerte Asylgesuche regelmässig über das Recht auf Sicherheit sowie vor allem das Recht, frei von Folter und anderen unmenschlichen Behandlungen zu sein. Erreicht eine Zwangsbehandlung in einem bestimmten Einzelfall die Schwelle der Folter oder anderer unmenschlicher Behandlung nicht, so verletzt sie jedoch das Recht auf Gesundheit.⁹⁵⁹ Erfolgt dies aufgrund eines anerkannten Verfolgungsmotivs, führen so gelagerte Asylgesuche m.E. aufgrund der Verletzung des Rechts auf Gesundheit zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft.

III. Schwere Umweltverschmutzungen

Immer mehr Menschen verlassen wegen der Auswirkungen des Klimawandels, namentlich wegen Dürren, Überschwemmungen, Stürmen oder Gletscherschmelzen, ihre Heimat.⁹⁶⁰ Nach dem Recht auf Gesundheit sind Staaten dazu verpflichtet, angemessene Massnahmen zur Verlangsamung und Umkehrung des Klimawandels zu ergreifen.⁹⁶¹ FOSTER sieht darin die Möglichkeit einer Basis für ein Asylgesuch: Wird durch eine schwere Verschmutzung oder Ver-

⁹⁵⁷ Dies ist eine NGO, die sich weltweit für Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit einsetzt, siehe: <https://www.icj.org/about/> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁹⁵⁸ ICJ, SOGI Refugee Claims, S. 134, unter dem Titel «Denial of access to health care as persecution».

⁹⁵⁹ Dies hielt die Sonderberichterstatterin für die Rechte von Personen mit einer Behinderung, Catalina Devandas-Aguilar, in ihrem Bericht, *Rights of Persons with Disabilities*, vom 16.7.2019 fest, siehe UN Doc A/73/161, Ziff. 39.

⁹⁶⁰ DIEZIG, S. 2; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 25.

⁹⁶¹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 15 und 34; HUNT/KHOSLA, S. 239.

schlechterung der Umwelt, die aufgrund eines Verfolgungsmotivs durch staatliche oder nicht-staatliche Akteure ausgelöst worden ist, das Recht auf Gesundheit einer Person verletzt, kann dies Anlass für ein Asylgesuch sein.⁹⁶² Wie bereits aufgezeigt wurde, erachten auch andere Lehrmeinungen die Geltendmachung der Flüchtlingseigenschaft nach einer Flucht vor Umweltschäden unter gewissen Bedingungen als möglich.⁹⁶³

Bislang haben sich diese theoretischen Ansätze noch in keinem praktischen Fall bestätigt.⁹⁶⁴ Jedoch hat die neuseeländische Rechtsprechung seit 2013 damit begonnen, den rechtlichen Schutzrahmen von Asylgesuchen, die auf den Auswirkungen des Klimawandels, Naturkatastrophen oder Umweltzerstörung basieren, zu umschreiben. Auch wenn noch niemandem aus diesen Gründen Schutz gewährt wurde, bietet die neuseeländische Rechtsprechung die bisher umfassendste Analyse betreffend Umfang und Inhalt des Schutzes für Menschen, die vor den Auswirkungen des Klimawandels und von Katastrophen fliehen.⁹⁶⁵ Nachfolgend werden diese einschlägigen Urteile präsentiert.

1. Der AF (Kiribati)-Fall

Der in diesem Zusammenhang bisher prominenteste Fall betrifft das Asylgesuch von *Ioane Teitiota*. Er flüchtete aus dem Inselstaat Kiribati wegen der dortigen Umweltveränderungen, die durch den Anstieg des Meeresspiegels aufgrund des Klimawandels ausgelöst wurden. *Teitiota* machte vor dem neuseeländischen *Immigration and Protection Tribunal* einen ernsthaften Schaden für ihn und seine Familie geltend.⁹⁶⁶ Das Tribunal diskutierte dabei das Vorliegen des Rechts auf eine gesunde Umwelt. Es anerkannte, dass Naturkatastrophen und Verschlechterungen der Umwelt die Wahrnehmung von Menschenrechten grundlegend beeinflussen können. Im Zusammenhang mit WSK-Rechten verwies es u.a. auf das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I.⁹⁶⁷ Dabei hielt das Tribunal fest:

«What these observations illustrate is that generalised assumptions about environmental change and natural disasters and the applicability of the Refugee

⁹⁶² FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 233 f.

⁹⁶³ AMMER/NOWAK/STADLMAYR/HAFNER, S. 64; COOPER, S. 494; KÄLIN, *Climate-Induced Displacement*, S. 88; HOSTETTLER, S. 154 f.; KÄLIN/SCHREPPEL, S. 32 ff.; MCADAM, *Climate Change*, S. 47.

⁹⁶⁴ MCADAM, *Displacement*, S. 837.

⁹⁶⁵ MCADAM, *New Zealand jurisprudence*, S. 131.

⁹⁶⁶ Entscheidung des NZIPT AF (Kiribati) vom 25.6.2013, [2013] NZIPT 800413, Ziff. 26 ff.

⁹⁶⁷ Ibid., AF (Kiribati), Ziff. 63.

*Convention can be overstated. While in many cases the effects of environmental change and natural disasters will not bring affected persons within the scope of the Refugee Convention, no hard and fast rules or presumptions of non-applicability exist. Care must be taken to examine the particular features of the case.»*⁹⁶⁸

Das Tribunal lehnte das Asylgesuch im Ergebnis ab, da nach dessen Ansicht der Beschwerdeführer objektiv betrachtet im Falle einer Wegweisung nach Kiribati keinem realen Verfolgungsrisiko ausgesetzt wäre. Es begründete das Urteil u.a. mit fehlenden Hinweisen dahingehend, dass er keinen Zugang zu Trinkwasser hätte oder dass die umweltbedingten Umstände lebensgefährlich für ihn wären. Der Beschwerdeführer konnte ferner keine Ansprüche aus der FK geltend machen, weil alle EinwohnerInnen von Kiribati unter den Auswirkungen der umweltbedingten Verschlechterung des Lebensstandards leiden. Schliesslich wurde nicht geltend gemacht, dass die Regierung ihn aufgrund eines Verfolgungsmotivs nicht schützen wollte.⁹⁶⁹ Auch der Oberste Gerichtshof Neuseelands wies *Teitiotas* Beschwerde ab, er liess jedoch die Möglichkeit eines auf der FK basierenden Anspruchs in einem dafür geeigneten Fall offen.⁹⁷⁰

Teitiotas zog den Fall weiter an den UNO-Menschenrechtsausschuss. Er machte geltend, dass er und seine Familie seit ihrer Wegweisung nach Kiribati im September 2015 aufgrund des fehlenden sauberen Trinkwassers an Gesundheitsproblemen leiden würden. Eines seiner Kinder leide gar an einem schweren Fall von Blutvergiftung.⁹⁷¹ *Teitiotas* rügte eine Verletzung des Rechts auf Leben nach Art. 6 UNO-Pakt II.⁹⁷² Des Weiteren machte er gewaltsame Landstreitigkeiten geltend, die auf die zunehmende Verknappung von bewohnbarem Land zurückzuführen seien und die zu Todesfällen geführt hätten. Der Ausschuss hielt dem entgegen, dass *Teitiotas* selbst nie in einer Streitigkeit involviert gewesen sei. Zudem bestehe keine generelle Konfliktsituation auf Kiribati. Der Nachweis gelang ihm nicht, dass ein reelles und persönliches Risiko für sein Leben bestehen würde und dass sein Heimatstaat ihn nicht schützen könne. Eben so wenig gelang der Nachweis von unzugänglichem oder

⁹⁶⁸ Ibid., AF (Kiribati), Ziff. 64.

⁹⁶⁹ Ibid., AF (Kiribati), Ziff. 72 ff.

⁹⁷⁰ Entscheid des neuseeländischen Supreme Court, *Ioane Teitiotas v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* vom 20.7.2015, [2015] NZSC 107, Ziff. 13.

⁹⁷¹ Entscheid des CCPR *Teitiotas gegen Neuseeland* vom 24.10.2019, Mitteilung Nr. 2728/2016, Ziff. 1.1 und Ziff. 5.

⁹⁷² Ibid., *Teitiotas gegen Neuseeland*, Ziff. 9.2.

unzureichendem Trinkwasser.⁹⁷³ *Teitiota* hatte ferner geltend gemacht, dass Kiribati aufgrund des Anstiegs des Meeresspiegels in zehn bis fünfzehn Jahren unbewohnbar sein werde. Der Ausschuss hielt diesbezüglich fest, dass es der Republik Kiribati in dieser Zeit – auch mit Hilfe der internationalen Gemeinschaft – möglich sein werde, positive Massnahmen zum Schutz und erforderlichenfalls zur Umsiedlung der Bevölkerung zu ergreifen.⁹⁷⁴ Der UNO-Menschenrechtsausschuss kam zum Schluss, dass Neuseeland eine individuelle Prüfung des Falles vorgenommen und alle vorhandenen Beweismittel genügend gewürdigt hatte, und lehnte die Beschwerde somit ab.⁹⁷⁵

Nach Ansicht der neuseeländischen Gerichte sowie des UNO-Menschenrechtsausschusses konnte *Teitiota* folglich keine Verletzung seines Rechts auf Leben geltend machen. M.E. wäre eine Beschwerde an den UNO-Kinderrechtsausschuss angezeigt gewesen mit der Rüge der Verletzung von Art. 24 KRK bezüglich der Beeinträchtigungen der Gesundheit des Kindes. Denn nach Art. 24 Abs. 2 lit. c KRK haben Vertragsstaaten Massnahmen zu ergreifen, um Krankheiten von Kindern sowie Unter- und Fehlernährung auch im Rahmen der gesundheitlichen Grundversorgung zu bekämpfen. Dabei muss unter anderem sauberes Trinkwasser bereitgestellt werden, wobei die Gefahren und Risiken der Umweltverschmutzung zu berücksichtigen sind. *Teitiota* hätte ausreichende Informationen vorlegen müssen, die darauf hinweisen, dass die Versorgung mit Frischwasser unzugänglich, unzureichend oder unsicher ist. Vor dem UNO-Menschenrechtsausschuss gelang ihm der Nachweis nicht, dass die unzugängliche, unzureichende oder unsichere Versorgung mit Trinkwasser sein Recht auf Leben in Würde beeinträchtigt hätte oder seinen unnatürlichen oder vorzeitigen Tod verursachen würde.⁹⁷⁶ Allenfalls hätte er vor dem UNO-Kinderrechtsausschuss bezüglich einer Verletzung von Art. 24 KRK nachweisen können, dass ein Gesundheitsrisiko für sein an schwerer Blutvergiftung leidendes Kind bestehen würde. Der Fall hätte aber in der vorliegenden Konstellation aufgrund des fehlenden Verfolgungsmotivs kaum Asylrelevanz erlangt.

⁹⁷³ Ibid., *Teitiota gegen Neuseeland*, Ziff. 9.7 f.

⁹⁷⁴ Ibid., *Teitiota gegen Neuseeland*, Ziff. 9.12.

⁹⁷⁵ Ibid., *Teitiota gegen Neuseeland*, Ziff. 9.6 sowie Ziff. 10. Der Ausschuss deutete jedoch in Ziff. 9.14 an, dass durch neue und aktualisierte Daten betr. Auswirkungen des Klimawandels und des steigenden Meeresspiegels diese Bewertung möglicherweise anders ausfallen könnte und dass die Auswirkungen des Klimawandels in den Aufnahmestaaten ohne robuste nationale und internationale Anstrengungen Einzelpersonen einer Verletzung ihrer Rechte nach Art. 6 und Art. 7 UNO-Pakt II aussetzen und damit das Refoulementverbot auslösen können, siehe Ziff. 9.11.

⁹⁷⁶ Ibid., *Teitiota gegen Neuseeland*, Ziff. 9.8.

2. Der AC (Tuvalu)-Fall

In diesem Fall wurde von einer Familie aus dem Inselstaat Tuvalu beim neuseeländischen *Immigration and Protection Tribunal* Beschwerde erhoben. Die Beschwerdeführenden machten geltend, dass sie bei einer Rückkehr nach Tuvalu aufgrund der Auswirkungen des Klimawandels einer Gefahr für ihr Leben oder einer grausamen Behandlung ausgesetzt wären.⁹⁷⁷ Der Beschwerdeführer machte folgende Auswirkungen geltend: die teilweise Überflutung des Landes während der monatlichen Flut, das Absterben von Bäumen in Küstennähe, Schwierigkeiten beim Anbau von Nahrungsmitteln, Küstenerosion sowie Trinkwasserprobleme aufgrund von Dürren.⁹⁷⁸ Die Beschwerdeführerin war nach zwei späten Schwangerschaftsverlusten im siebten und neunten Monat um die Gesundheit ihrer Kinder besorgt, da der Staat keine ausreichenden medizinischen Einrichtungen und Medikamente bereitgestellt hatte.⁹⁷⁹

Das Tribunal stellte fest, dass als zentrale Frage in diesem Fall zu beurteilen sei, ob die Regierung von Tuvalu es versäumt habe, Massnahmen zum Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner vor den Auswirkungen des Klimawandels zu ergreifen.⁹⁸⁰ Für die Beantwortung dieser Frage überprüfte das Tribunal diverse Informationen und Länderberichte.⁹⁸¹ Dabei untersuchte es die verschiedenen Arten, wie Staaten ihre Bevölkerung vor schwerwiegenden katastrophengebundenen Schäden schützen können. Es diskutierte beispielsweise die Pflicht zur Annahme von internationaler Hilfe im Nachgang von Naturkatastrophen.⁹⁸² Es zog die Schlussfolgerung, dass in Fällen, in denen ein Staat nicht in der Lage ist, den von Naturkatastrophen betroffenen Personen in seinem Hoheitsgebiet humanitäre Hilfe zu leisten, die willkürliche Verweigerung der Zustimmung zur Entsendung ausländischer humanitärer Hilfe eine Mass-

⁹⁷⁷ Entscheid des NZIPT AC (Tuvalu) vom 4.7.2014, [2014] NZIPT 800517-520. Es wurde eine Verletzung von Art. 6 und 7 UNO-Pakt II gerügt.

⁹⁷⁸ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 26 f. Das Dürreproblem ist denn auch eine aktuelle Herausforderung auf dem Inselstaat, vgl. OCHA, Reliefweb, *Tuvalu's drought-affected women and girls receive AUD 51,000-worth essential sexual and reproductive health and GBV supplies*, 16.1.2023, abrufbar unter: <https://reliefweb.int/report/tuvalu/tuvalus-drought-affected-women-and-girls-receive-aud-51000-worth-essential-sexual-and-reproductive-health-and-gbv-supplies> (zuletzt besucht am 18.12.2025).

⁹⁷⁹ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 31 f.

⁹⁸⁰ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 3.

⁹⁸¹ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 34-36.

⁹⁸² Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 84 sowie Ziff. 87-96. Dabei verwies das Tribunal in Ziff. 88 u.a. auf GC Nr. 14, Ziff. 45, wo der WSK-Ausschuss festhielt, dass es den Vertragsstaaten obliegt, internationale Hilfe und Zusammenarbeit zu leisten, um die Verpflichtungen aus dem UNO-Pakt I zu erfüllen.

nahme ist, die als grausame Behandlung angesehen werden kann. Ob die Verweigerung der Zustimmung zur Annahme von ausländischer humanitärer Hilfe willkürlich ist, sei im Einzelfall genau zu überprüfen.⁹⁸³ Das Tribunal kam zu folgendem Schluss:

*«While the appellants' lives can be expected to be more challenging from an economic perspective, there is no evidence before the Tribunal to establish that, if returned to Tuvalu, the appellants' lives would be so precarious as a result of any act or omission by the state that they are in danger of being arbitrarily deprived of their lives.»*⁹⁸⁴

Das Tribunal nannte das Beispiel des Wassermangels auf Tuvalu aus dem Jahr 2011. Die Regierung nahm damals internationale Hilfe von Australien, Neuseeland sowie der *International Federation of the Red Cross and Red Crescent* – auch betreffend langfristige Lösungen – an.⁹⁸⁵ Aufgrund all dieser Überlegungen kam das Tribunal zum Schluss, dass nicht glaubhaft gemacht werden konnte, dass Tuvalu Massnahmen zum Schutz des Lebens oder zum Schutz vor grausamer Behandlung unterlassen hatte.⁹⁸⁶ Somit seien die Beschwerdeführenden nicht als Flüchtlinge anzuerkennen.⁹⁸⁷

Das Recht auf Gesundheit wurde in diesem Urteil nicht explizit diskutiert. Sicheres Trinkwasser sowie eine gesunde Umwelt stellen jedoch einige der grundlegenden Gesundheitsfaktoren dar, die vom Recht auf Gesundheit erfasst sind.⁹⁸⁸ Im Urteil wurden aber die Bemühungen Tuvalus diesbezüglich eingehend diskutiert. Dies ist aufschlussreich für die Anforderungen an den fehlenden staatlichen Schutz, der für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft notwendig ist.

3. Fazit zu Fällen schwerer Umweltverschmutzung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in den meisten Fällen, in denen Personen aufgrund der Auswirkungen des Klimawandels umgesiedelt werden, kein Schutz gewährt bzw. die Flüchtlingseigenschaft nicht zuerkannt wird. Hauptgrund dafür ist ein fehlendes Verfolgungsmotiv, das kausal für die Flucht war. Zudem sind die Herkunftsstaaten in den meisten Fällen nicht un-

⁹⁸³ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 97 f.

⁹⁸⁴ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 100.

⁹⁸⁵ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 110 f.

⁹⁸⁶ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 108 und Ziff. 114.

⁹⁸⁷ Ibid., AC (Tuvalu), Ziff. 120.

⁹⁸⁸ Siehe GC Nr. 14, Ziff. 4.

willig, den betreffenden Personen zu helfen. Um die Flüchtlingseigenschaft von Umweltvertriebenen zu bejahen, muss es sich folglich um einen speziell gelagerten Einzelfall handeln.⁹⁸⁹ So liess der Oberste Gerichtshof Neuseelands im *Teitiota*-Urteil die Möglichkeit eines auf die FK basierenden Anspruchs in einem dafür geeigneten Fall offen.⁹⁹⁰

IV. Fazit zur Praxis der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bei Verletzung des Rechts auf Gesundheit

Die in diesem Kapitel vorgenommene Überprüfung von Gerichtsentscheidungen über Asylanträge im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit macht deutlich, dass Personen, deren Recht auf Gesundheit im Heimatland gefährdet ist, im Einklang mit internationalen Menschenrechtsnormen in gewissen Fallkonstellationen den Schutz der FK geniessen. Dabei kann z.B. Bezug auf das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I und die daraus fliessenden Staatenverpflichtungen genommen werden. Im Vordergrund steht dabei die Pflicht, dass diskriminierungsfreier Zugang zu Gesundheitsleistungen gewährt werden muss.

Damit ein solcher Fall Asylrelevanz erhält, muss im Einzelfall nachgewiesen werden, dass dieser Zugang einer Person aufgrund eines Verfolgungsmotivs verwehrt wird. Weiter sind der Schweregrad des Gesundheitszustands einer betreffenden Person und die Auswirkungen der fehlenden medizinischen Behandlung zu berücksichtigen. In den diesbezüglich erfolgreichen Fällen kommen meist noch weitere Diskriminierungen dazu, die im Heimatland drohen würden. Durch die kumulativen Auswirkungen von verschiedenen Diskriminierungen, inklusive der Verletzung des Rechts auf Gesundheit, kann je nach Umständen des Einzelfalls eine Verfolgungshandlung vorliegen.

Es wurde weiter aufgezeigt, dass Zwangsabtreibungen und -sterilisationen in asylrechtlichen Fällen überwiegend als Folter oder andere grausame oder unmenschliche Behandlung angesehen werden. Dies kann eine Verfolgungs-

⁹⁸⁹ DIEZIG, S. 46 und S. 61 f.; HOSTETTLER, S. 156; MCADAM, S. 48; KÄLIN/SCHREPPER, S. 32. So auch die Argumentation des neuseeländischen Immigration and Protection Tribunals im Entscheid vom 25.6.2013, [2013] NZIPT 800413, Ziff. 65. Für eine vertiefte Auseinandersetzung zur Thematik der Umweltvertriebenen siehe AMMER/NOWAK/STADLMAYR/HAFNER, S. 62 ff. sowie DIEZIG, S. 29 ff.

⁹⁹⁰ Urteil des neuseeländischen Supreme Court *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* vom 20.7.2015, [2015] NZSC 107, Ziff. 13.

handlung darstellen. Es kann festgehalten werden, dass die Anrufung des Rechts auf Gesundheit dann Relevanz gewinnt, wenn in einem Fall die Schwelle zur Folter nicht erreicht wird. Denn eine ohne Zustimmung durchgeführte medizinische Behandlung verletzt das Recht auf Gesundheit. Dies kann, wenn aufgrund eines Verfolgungsmotivs erfolgt, zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft führen.

Schliesslich wurde aufgezeigt, dass bis anhin noch kein Asylgesuch von Personen, die vor den Auswirkungen des Klimawandels geflüchtet sind, gutgeheissen wurde. Dabei behalten sich die Rechtsprechungsorgane jedoch die Option einer künftigen anderen Fallbeurteilung vor, je nach den konkreten Umständen bzw. Entwicklungen eines bestimmten Einzelfalls.

§ 5 Abschliessende Würdigung

In der schweizerischen Asylpraxis führen medizinische Vorbringen nicht zur Annahme der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG. Vielmehr fliessen medizinische Gründe in die Prüfung ein, ob die Wegweisung einer Person unzulässig bzw. unzumutbar ist und daher eine vorläufige Aufnahme nach Art. 83 AIG zu verfügen ist. Ziel der vorliegenden Arbeit war die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung des Rechts auf Gesundheit zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führt. Dazu wurde zuerst der normative Inhalt des Rechts auf Gesundheit sowie dessen Umsetzung dargestellt, gefolgt von der Aufarbeitung der diesbezüglich einschlägigen flüchtlingsrechtlichen Fälle.

Abschliessend folgt eine Zusammenfassung der in dieser Arbeit untersuchten Aspekte und der gewonnenen Erkenntnisse. Die Arbeit endet mit einer Kontrollliste der wichtigsten Aspekte, die in gesundheitsrechtlichen Fällen in der Praxis zu berücksichtigen sind.

I. Zusammenfassung

Im ersten Kapitel dieser Arbeit wurde der Zusammenhang zwischen Gesundheit und Flucht aufgezeigt. Dabei ist das Refoulementverbot von zentraler Bedeutung, welches bei der Prüfung der potenziellen Wegweisung von schwer kranken Personen stets zu berücksichtigen ist. Nach dem Refoulementverbot dürfen Personen nicht in ein Land weggewiesen werden, in welchem ihnen Misshandlungen drohen. Es wurden die dazu einschlägige Praxis des EGMR sowie der UNO-Ausschüsse zur KRK und BRK und schliesslich die Schweizer Praxis aufgearbeitet.⁹⁹¹ Nach Ansicht dieser beiden UNO-Ausschüsse muss im Heimatstaat die notwendige medizinische Behandlung verfügbar und zugänglich sein, um eine Verletzung des Refoulementverbots zu verhindern. Dies hat der wegweisende Staat zu überprüfen.⁹⁹² Gemäss Praxis des EGMR, auf die sich die Schweiz regelmässig stützt,⁹⁹³ muss nachgewiesen werden, dass sich

⁹⁹¹ Siehe [Kapitel 1 unter II. 2. A.-D.](#)

⁹⁹² Entscheid des CRC Z.S. und A.S. *gegen die Schweiz* vom 10.2.2022, Mitteilung Nr. 74/2019, Ziff. 7.6; Entscheid des CRPD N.L. *gegen Schweden* vom 28.8.2020, Mitteilung Nr. 60/2019, Ziff. 7.8.

⁹⁹³ So z.B. im Urteil des BVGer E-5849/2019 vom 13.11.2019 E. 6.2.2 oder im Urteil des BVGer D-3631/2019 vom 20.2.2020 E. 6.3.

der Gesundheitszustand der betreffenden Person im Herkunftsland schwer, rasch und irreversibel verschlechtern würde. Erst wenn diese hohe Schwelle von Art. 3 EMRK erreicht ist, wird die Verpflichtung der wegweisenden Staaten relevant, die Verfügbarkeit und Zugänglichkeit einer genügenden und angemessenen medizinischen Behandlung im Heimatstaat der betreffenden Person zu überprüfen. Dabei müssen die gesamten Umstände des Einzelfalls überprüft werden, wie die zum Behandlungsort zurückzulegende Distanz, die Behandlungskosten sowie das Bestehen eines sozialen und familiären Unterstützungsnetzes im Heimatland.⁹⁹⁴

Anschliessend wurden im zweiten Kapitel der normative Inhalt, die Staatenpflichten sowie ausgewählte Aspekte des Rechts auf Gesundheit, die im Asylkontext relevant sein können, dargelegt. Die zentrale Bestimmung zum Recht auf Gesundheit findet sich in Art. 12 UNO-Pakt I. Danach hat jeder Mensch das Recht auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit. Gemäss diesem sozialen Menschenrecht müssen die Vertragsstaaten dafür sorgen, dass Gesundheitseinrichtungen, -leistungen und -güter diskriminierungsfrei für alle verfügbar, zugänglich und annehmbar sowie in wissenschaftlicher und medizinischer Hinsicht angemessen und von guter Qualität sind.⁹⁹⁵ Die Staaten haben die Verpflichtung, das Recht auf Gesundheit zu achten bzw. zu unterlassen, dass Menschen der gleichberechtigte Zugang zur Gesundheitsversorgung verwehrt wird. Sie müssen dieses Recht schützen und schliesslich auch gewährleisten.⁹⁹⁶ Das Recht auf Gesundheit erstreckt sich auch auf Komponenten, welche die Grundlage der Gesundheit eines Menschen bilden, wie z.B. eine gesunde Umwelt. Daher müssen Staaten angemessene Massnahmen zur Verlangsamung und Umkehrung des Klimawandels ergreifen.⁹⁹⁷ Schliesslich ist auch das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit als Teilaspekt dieses Menschenrechts geschützt. Erfasst ist dabei vor allem das Recht auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidungen und Wahlmöglichkeiten in diesem Bereich, frei von Gewalt, Zwang und Diskriminierung.⁹⁹⁸ Als minimale Kernverpflichtung des Rechts auf Gesundheit ist ein Mindeststandard an Gesundheitsversorgung sowie der diskriminierungsfreie Zugang dazu für alle Menschen zu garantieren.⁹⁹⁹

⁹⁹⁴ Vgl. die Grundsätze des EGMR in dessen Urteil *Paposhvili gegen Belgien* (Grosse Kammer) vom 13.12.2016 Nr. 41738/10, Ziff. 187-191 bestätigt im Urteil *Savran gegen Dänemark* (Grosse Kammer) vom 7.12.2021, Nr. 57467/15, Ziff. 133 ff.

⁹⁹⁵ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 12.

⁹⁹⁶ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 34-37.

⁹⁹⁷ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 4, 11, 15 und 34.

⁹⁹⁸ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 8; CESCR, GC Nr. 22, Ziff. 1 und 13.

⁹⁹⁹ CESCR, GC Nr. 14, Ziff. 43.

Im Gegensatz zur Schweizer Praxis, wonach WSK-Rechte bloss programmatischen Charakter haben,¹⁰⁰⁰ hat die vorliegende Arbeit aufgezeigt, dass sich aus dem Recht auf Gesundheit spezifische Staatenpflichten ergeben.¹⁰⁰¹ Mit Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zum UNO-Pakt I im Jahr 2013 wurde zudem eine internationale Individualbeschwerdemöglichkeit geschaffen.¹⁰⁰² Aus diesen Gründen wird die Justiziabilität des Rechts auf Gesundheit in der internationalen Lehre überwiegend bejaht.¹⁰⁰³ Untermuert wurde dieser Punkt in der Arbeit durch die Untersuchung diverser einschlägiger Entscheide gewisser UNO-Menschenrechtsgremien, die in ihren jeweiligen Pakten das Recht auf Gesundheit explizit garantieren.¹⁰⁰⁴ Verletzungen dieses Menschenrechts wurden etwa bei fehlender Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff festgestellt¹⁰⁰⁵ oder bei nicht rechtzeitig erfolgter medizinischer Intervention, die eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustands der betreffenden Person zur Folge hatte.¹⁰⁰⁶ In den meisten Fällen, in denen das Recht auf Gesundheit als verletzt angesehen wurde, wurde der Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen nicht diskriminierungsfrei gewährleistet.¹⁰⁰⁷ Dies ist eine der Kernverpflichtungen des Rechts auf Gesundheit, die auch im Asylkontext von zentraler Bedeutung ist.¹⁰⁰⁸ Damit wurde die Brücke zum flüchtlingsrechtlichen Teil der Arbeit geschlagen.

Die Elemente des Flüchtlingsbegriffs wurden im dritten Kapitel dargestellt, wobei ein Konnex zum Recht auf Gesundheit auf theoretischer Ebene gezogen wurde.¹⁰⁰⁹ Entscheidend für die Berücksichtigung von Verletzungen des Rechts

¹⁰⁰⁰ Siehe [Kapitel 2 unter VI. 3. A.](#)

¹⁰⁰¹ Siehe [Kapitel 2 unter IV. 2.](#)

¹⁰⁰² Siehe [Kapitel 2 unter VI. 2. A.](#) für die bisher vom Ausschuss für WSK-Rechte behandelten Individualbeschwerden im Zusammenhang mit Art. 12 UNO-Pakt I.

¹⁰⁰³ BOYLE, S. 75 f.; CHEN/RENTELN, S. 198; FOSTER, S. 162 ff.; KRAJEWSKI, Ziff. 12 N. 112; KRENNERICH, Soziale Menschenrechte, S. 117 ff.; NOWAK, S. 64; SSENIONJO, N. 10.69 ff.; TOBIN, S. 253; TOEBES, S. 168 ff.

¹⁰⁰⁴ Siehe [Kapitel 2 unter VI. 2.](#)

¹⁰⁰⁵ Entscheid des CESCR S.C. und G.P. gegen Italien vom 28.3.2019, Mitteilung Nr. 22/2017, Ziff. 10.1; Entscheid des CEDAW A.S. gegen Ungarn vom 12.2.2004, Mitteilung Nr. 4/2004, Ziff. 11.3.

¹⁰⁰⁶ Entscheid des CRPD Munir al Adam gegen Saudi-Arabien vom 20.9.2018, Mitteilung Nr. 38/2016, Ziff. 11.6.

¹⁰⁰⁷ Entscheid des CRPD H.M. gegen Schweden vom 19.4.2012, Mitteilung Nr. 3/2011, Ziff. 8.8; Entscheid des CEDAW LC gegen Peru vom 17.10.2011, Mitteilung Nr. 22/2009, Ziff. 8.11 und Ziff. 8.15; Entscheid des CEDAW S.N. und E.R. gegen Nordmazedonien vom 24.2.2020, Mitteilung Nr. 107/2016, Ziff. 9.6; Entscheid des CEDAW Oksana Shpagina gegen Russland vom 23.2.2023, Mitteilung Nr. 129/2018, Ziff. 9.3 f.

¹⁰⁰⁸ Siehe [Kapitel 2 unter IV. 2. B.](#) und [Kapitel 3 unter III. 1. C. a\).](#)

¹⁰⁰⁹ Siehe [Kapitel 3 unter III. 1. C.](#)

auf Gesundheit bei der Prüfung eines Asylgesuchs ist die Interpretation des Flüchtlingsbegriffs nach dem sog. *human rights based approach*. Die Bedeutung dieser menschenrechtsbasierten Auslegungsmethode wurde in diesem Kapitel aufgezeigt.¹⁰¹⁰ Danach soll bei der Interpretation des Verfolgungsbegriffs auf Menschenrechte aus universell breit abgestützten UNO-Menschenrechtsabkommen Bezug genommen werden, die im Zeitpunkt der Auslegung bestehen. Dies schliesst die WSK-Rechte aus dem UNO-Pakt I und somit das Recht auf Gesundheit ein.¹⁰¹¹

Einschlägige Fälle von nationalen Flüchtlingsbehörden und Gerichten wurden sodann im vierten Kapitel aufgearbeitet und veranschaulicht. Dabei handelte es sich um Entscheide aus der angelsächsischen Rechtsprechung, da der *human rights based approach* bei der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs dort weit verbreitet ist. Es hat sich gezeigt, dass in denjenigen Fällen, in denen die Flüchtlingseigenschaft bejaht wurde, neben der Verletzung des Rechts auf Gesundheit noch weitere Menschenrechtsverletzungen vorlagen.¹⁰¹² Die kumulativen Auswirkungen verschiedener Diskriminierungen, inklusive der Verletzung des Rechts auf Gesundheit, können demnach im Einzelfall eine Verfolgung darstellen.¹⁰¹³ Dabei lag in den meisten Fällen, in denen die Flüchtlingseigenschaft bejaht wurde, eine Verweigerung des Zugangs zur medizinischen Versorgung vor. Wie bereits erwähnt, stellte dies auch diejenige aus dem Recht fließende Verpflichtung dar, die in den untersuchten Entscheiden der UNO-Menschenrechtsorgane am häufigsten als verletzt angesehen wurde. Essenziell für die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft ist dabei, dass die Gesundheitsversorgung aufgrund eines anerkannten Verfolgungsmotivs verweigert wird.¹⁰¹⁴

Da für die Annahme einer Verfolgungshandlung eine Menschenrechtsverletzung von einer gewissen Intensität vorausgesetzt ist, muss der diskriminie-

¹⁰¹⁰ Siehe [Kapitel 3 unter III. 1. A.](#)

¹⁰¹¹ HATHAWAY/FOSTER, S. 201 f. und S. 204 f.

¹⁰¹² Siehe [Kapitel 4 unter I. 1.](#)

¹⁰¹³ FOSTER, S. 91 ff.; ZIMMERMANN/MAHLER, N. 230. Siehe z.B. das Urteil des australischen Federal Court SBAS v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs vom 30. 5.2003, [2003] FCA 528, Ziff. 58 oder die Urteile des kanadischen FCA Canada (Citizenship and Immigration) v. Munderere vom 5.3.2008, 2008 FCA 84, A-211-07 oder Gorzsas v. Canada (Citizenship and Immigration) vom 6.5.2009, 2009 FC 458, IMM-4832-08.

¹⁰¹⁴ So z.B. im Entscheid des australischen RRT vom 18.8.2009, Nr. 0903707, Ziff. 115-117 oder im Urteil des australischen HCA Chen Shi Hai v. MIMA vom 13.4.2000, [2000] HCA 19, Ziff. 42 oder im Entscheid des kanadischen IRB X (Re) vom 15.5.2019, TB8-18330 und TB8-18331, Ziff. 53 oder im Urteil des USCA, Ninth Circuit Tchoukhrova v. Gonzales vom 21.4.2005, Nr. 03-71129, S. 4567, Ziff. 12, S. 4580 f.

rende Ausschluss von notwendiger medizinischer Versorgung zu schwerwiegenden medizinischen Folgen führen.¹⁰¹⁵ Diesbezüglich kann der Bogen zur EGMR-Praxis zum Refoulementverbot bei medizinischen Fällen geschlagen werden.¹⁰¹⁶ Nach dieser stellen medizinische Vorbringen nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände eine Verletzung des Refoulementverbots dar. Dies ist gegeben, wenn sich der Gesundheitszustand einer Person im Falle einer Wegweisung aufgrund fehlender angemessener Behandlungsmöglichkeiten oder des fehlenden Zugangs zu solchen Behandlungen im Zielstaat schwer, rasch und irreversibel verschlechtern würde.¹⁰¹⁷

Weiter verletzen Zwangsabtreibungen und -sterilisationen oder FGM (u.a.) das Recht auf Gesundheit.¹⁰¹⁸ Wenn diese Praktiken in einem bestimmten Einzelfall die Schwelle von Folter oder einer anderen unmenschlichen Behandlung nicht erreichen, kann eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit bejaht werden. Dies kann in der Folge als Verfolgungshandlung qualifiziert werden und zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft führen, sofern die Praktik aufgrund eines Verfolgungsmotivs durchgeführt wurde.

Schliesslich wurden in der Arbeit Fälle schwerer Umweltverschmutzung aufgezeigt, die Personen zu einer Flucht getrieben haben.¹⁰¹⁹ Wird durch eine schwere Verschmutzung oder Verschlechterung der Umwelt, die aufgrund eines Verfolgungsmotivs durch staatliche oder nicht-staatliche Akteure ausgelöst worden ist, das Recht auf Gesundheit einer Person verletzt, kann dies Anlass für ein Asylgesuch sein.¹⁰²⁰ In den meisten Fällen haben die betreffenden Personen jedoch wegen des fehlenden Verfolgungsmotivs keinen Schutz als Flüchtlinge erhalten. Um die Flüchtlingseigenschaft von Umweltvertriebenen zu bejahen, muss es sich folglich um einen speziell gelagerten Einzelfall handeln.¹⁰²¹

¹⁰¹⁵ Entscheidung des *Raad van State A v. Staatssecretaris van Justitie* vom 19.5.2009, 200805681/1, Ziff. 2.1.2; Urteil des USCA, Ninth Circuit *Tchoukhrova v. Gonzales* vom 21.4.2005, Nr. 03-71129, Ziff. 11 auf S. 4580.

¹⁰¹⁶ Siehe [Kapitel 1 unter II. 2. A.](#)

¹⁰¹⁷ Urteil des EGMR *Paposhvili gegen Belgien* (Grosse Kammer) vom 13.12.2016, Nr. 41738/10, Ziff. 183.

¹⁰¹⁸ Siehe [Kapitel 4 unter II.](#) Siehe dazu z.B. das Urteil des USCA, Third Circuit *Cheng v. Attorney General* vom 6.10.2010, Nr. 09-2022 oder ähnlich auch im Urteil des USCA, Second Circuit *Mei Fun Wong* vom 1.2.2011, Nr. 08-5328-ag.

¹⁰¹⁹ Siehe [Kapitel 4 unter III.](#)

¹⁰²⁰ FOSTER, *Refuge from Deprivation*, S. 233 f.

¹⁰²¹ DIEZIG, S. 46 und S. 61 f.; HOSTETTLER, S. 156; MCADAM, S. 48; KÄLIN/SCHREPPEL, S. 32. So auch die Argumentation des neuseeländischen Immigration and Protection Tribunals im Entscheid vom 25.6.2013, [2013] NZIPT 800413, Ziff. 65 oder im Entscheid des neuseeländi-

Die Arbeit hat damit aufgezeigt, aus welchen Gründen und in welchen Fällen es sachgerecht ist, dass Verletzungen des Rechts auf Gesundheit als Verfolgungshandlung gelten, die zur Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft führen können.

II. Schlussfolgerungen

In der schweizerischen Asylpraxis wird nicht explizit eine menschenrechtsbasierte Auslegungsmethode des Verfolgungsbegriffs angewendet. So ist in Art. 3 Abs. 1 AsylG nicht von Verfolgung die Rede, sondern von Furcht vor ernsthaften Nachteilen. Die Formulierung ist dabei derart offen, dass neue Entwicklungen erfasst werden können. Für die Annahme eines ernsthaften Nachteils muss ein Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut von einer gewissen Intensität vorliegen, sodass der weitere Verbleib im Heimatstaat bzw. eine Rückkehr dorthin unzumutbar ist. Dabei kommt es auf Art, Schwere und Häufigkeit sowie die Systematik der erlittenen bzw. drohenden Nachteile an.¹⁰²² Die Umschreibung der ernsthaften Nachteile entspricht somit der Definition des Verfolgungsbegriffs nach der FK. So wird denn auch davon ausgegangen, dass der Flüchtlingsbegriff des schweizerischen Asylgesetzes mit demjenigen der FK übereinstimmt.¹⁰²³

Aus diesem Grund fordert diese Arbeit, dass der Verfolgungsbegriff nach dem *human rights based approach* und somit im Lichte der internationalen Menschenrechtsstandards ausgelegt wird. Dadurch können Verletzungen der Rechte aus dem UNO-Pakt I bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft berücksichtigt werden. Dabei kommt nicht jeder Eingriff in ein Menschenrecht einer Verfolgung gleich. Eine Verfolgung ist vielmehr erst dann zu bejahen, wenn eine Menschenrechtsverletzung vorliegt, die eine gewisse Intensität aufweist, wie dies auch bei der Umschreibung der ernsthaften Nachteile verlangt wird. Schliesslich muss die Menschenrechtsverletzung aufgrund eines anerkannten Verfolgungsmotivs erfolgt sein oder drohen. Durch eine menschenrechtsbasierte Auslegung des Verfolgungsbegriffs wird der Tatsache Rechnung getragen, dass schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen – und

schen Supreme Court *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, [2015] NZSC 107, Ziff. 13.

¹⁰²² CARONI ET AL., S. 529; HK-GFK/FREI/HINTERBERGER/HRUSCHKA, Art. 1 N. 56; EPINEY ET AL., S. 42 f.; STÖCKLI, N. 14.31.

¹⁰²³ Siehe dazu EMARK 2006 Nr. 32, E. 8.2, EMARK 2006 Nr. 18, E. 7; KÄLIN, Grundriss, S. 28; STÖCKLI, N. 14.30. Siehe WERENFELS, S. 60 f. m.w.H. zur «Bedeutung des Flüchtlingsbegriffs der FK heute».

damit auch Verletzungen von WSK-Rechten – sachgerecht bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft angesiedelt werden.

Im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit stellt insbesondere die systematische Verweigerung einer medizinischen Behandlung aufgrund eines Verfolgungsmotivs eine Verfolgung dar. Somit erfüllt die in der Einleitung zu dieser Arbeit erwähnte N., die an Diabetes leidet und in Äthiopien aufgrund ihrer Herkunft aus dem Tigray die von ihr benötigte medizinische Behandlung nicht erhält, die Flüchtlingseigenschaft.

III. Kontrollliste

Die vorliegende Arbeit hat aufgezeigt, dass Verletzungen des Rechts auf Gesundheit asylrelevant sein können. Abschliessend werden die wichtigsten Grundsätze, die es in der Praxis in gesundheitsrechtlichen Fallkonstellationen bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft, insbesondere beim Kernelement der begründeten Furcht vor Verfolgung, zu berücksichtigen gilt, in einer Kontrollliste festgehalten. Die darin enthaltenen Aspekte müssen kumulativ vorliegen, damit die Flüchtlingseigenschaft in einem so gelagerten Fall bejaht werden kann. Berücksichtigt werden darin sodann auch die Grundsätze der Zulässigkeit einer Wegweisung.

1. Verletzung des Rechts auf Gesundheit als Verfolgung

Dem *human rights based approach* folgend ist eine Verfolgung dann zu bejahen, wenn eine Menschenrechtsverletzung von gewisser Intensität vorliegt. Notwendig ist somit eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit, die eine schwerwiegende Folge nach sich zieht und gezielt gegen eine bestimmte Person gerichtet ist. In der vorliegenden Arbeit wurden die folgenden Beispiele herausgearbeitet:

- Diskriminierende Verweigerung von dringend benötigter medizinischer Behandlung mit lebensbedrohlicher Folge für die betreffende Person.
- Medizinische Zwangsbehandlung, namentlich FGM, Zwangssterilisation und Zwangsabtreibung, wenn sie die Schwelle von Folter und anderer grausamer und unmenschlicher Behandlung nicht erreicht haben.
- Durch staatliche oder nicht-staatliche Akteure ausgelöste Umweltverschmutzungen oder Verwehrung von humanitärer Unterstützung nach einer Umweltkatastrophe.

- Durch Verletzung des Rechts auf Gesundheit kumuliert mit anderen Menschenrechtseingriffen ausgelöste Verfolgungshandlung gemäss Kumulationsbetrachtung.

2. Fehlender staatlicher Schutz

Bei diesem Element stellt sich die Frage, ob der jeweilige Herkunftsstaat die betreffende Person wirksam vor Verfolgung schützt. Vom fehlenden staatlichen Schutz ist dann auszugehen, wenn der Staat nicht schutzfähig oder -willig ist. Im Kontext des Rechts auf Gesundheit ist seitens Asylbehörden Folgendes abzuklären:

- Ist die medizinische Versorgung im Herkunftsstaat der betreffenden Person vorhanden, muss überprüft werden, ob die Person einem realen Risiko der Diskriminierung (bzw. der diskriminierenden Verweigerung) und eines potenziellen ernsthaften Schadens ausgesetzt wäre.
- Die medizinische Versorgung muss für die Person zugänglich, zumutbar, konkret und individuell verfügbar und dauerhaft sein.
- Bei bloss einmaliger Verweigerung der Gesundheitsversorgung muss überprüft werden, ob die betreffende Person in einem anderen Teil des Landes diskriminierungsfreien Zugang zur notwendigen medizinischen Versorgung erhalten kann.
- Ist die medizinische Versorgung im Herkunftsstaat der betreffenden Person nicht vorhanden und ist dies nicht auf ein Verfolgungsmotiv zurückzuführen, so wird die Flüchtlingseigenschaft abgelehnt. Die Anwendbarkeit des Refoulementverbots ist zu überprüfen (siehe nachfolgend).

3. Vorliegen eines anerkannten Verfolgungsmotivs

Alle vorstehend genannten Elemente müssen aufgrund eines anerkannten Verfolgungsmotivs erfolgen oder drohen. Die Verfolgungsmotive sind abschliessend in Art. 1A Abs. 2 FK bzw. Art. 3 Abs. 1 AsylG genannt: Eine Person kann aufgrund ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung verfolgt werden.

4. Anwendbarkeit des (menschenrechtlichen) Refoulementverbots

Wird die Flüchtlingseigenschaft aufgrund eines fehlenden Verfolgungsmotivs abgelehnt, ist stets die Anwendbarkeit des Refoulementverbots zu überprüfen. Die schweizerische Asylpraxis stützt sich dabei auf die entsprechende EGMR-Praxis zu Art. 3 EMRK. Damit das Refoulementverbot greift, müssen ausserordentliche Umstände und insbesondere die folgenden Elemente vorliegen:

- Die betreffende Person befindet sich in einem fortgeschrittenen oder terminalen Krankheitsstadium.
- Bei einer Rückkehr in den Herkunftsstaat würde sich der Gesundheitszustand der betreffenden Person schwer, rasch und irreversibel verschlechtern.
- Die medizinische Behandlung ist im Herkunftsstaat nicht verfügbar, ungenügend, unangemessen oder nicht effektiv zugänglich. Zu berücksichtigen sind die Kosten der Behandlung sowie das Vorhandensein eines sozialen und familiären Netzes.
- Verbleiben nach dieser Prüfung Zweifel an den Auswirkungen der Wegweisung auf die betreffende Person, müssen vor einer allfälligen Wegweisung individuelle und genügende Zusicherungen des Empfangsstaats eingeholt werden.

Curriculum Vitae

Jasmine Andenmatten erlangte den Bachelor of Law an der Universität Basel. Nach einem viermonatigen Praktikum bei der Schweizer Botschaft in Montevideo, Uruguay, absolvierte sie den Master of Law mit dem Transnational Legal Studies Programm der Universität Luzern, inkl. Austauschsemester an der Tel Aviv University in Israel.

Nach einem Volontariat beim Rechtsdienst der Bevölkerungsdienste und Migration des Kantons Basel-Stadt sowie einem Praktikum beim UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein in Genf war sie rund fünfzehn Monate lang als Fachbearbeiterin Bewilligungen für das Amt für Migration in Luzern tätig. Anschliessend arbeitete sie während ihres Doktoratsstudiums vier Jahre lang als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M. (Yale) an der Universität Luzern. Es folgte eine rund dreieinhalb-jährige Tätigkeit als Rechtsvertreterin beim HEKS-Rechtsschutz Bundesasylzentren Nordwestschweiz in Basel. Seit Januar 2026 arbeitet sie sodann als Gerichtsschreiberin in der Abteilung IV beim Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen.

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit der Frage, ob und in welchen Fällen Verletzungen des Rechts auf Gesundheit die Flüchtlingseigenschaft begründen können.

Dazu untersucht sie ausgewählte theoretische Aspekte des Rechts auf Gesundheit, die im flüchtlingsrechtlichen Kontext relevant sein können. Die Dissertation basiert auf einem menschenrechtlichen Verständnis des Verfolgungsbegriffs, wonach eine Verfolgung in einer schwerwiegenden Verletzung von Menschenrechten gesehen wird. Dazu werden entsprechende praktische Fälle – vorwiegend aus der angelsächsischen Rechtsprechung, da diese Auslegung des Flüchtlingsbegriffs dort weit verbreitet ist – aufgezeigt, in denen das Recht auf Gesundheit verletzt und eine Verfolgung bejaht wurde.