

Romy Klimke

Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken im internationalen und regionalen Menschenrechtsschutz



MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT
UND VÖLKERRECHT

Beiträge zum ausländischen öffentlichen
Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns

Herausgegeben von
Armin von Bogdandy • Anne Peters

Band 281

Romy Klimke

**Schädliche traditionelle und
kulturelle Praktiken im
internationalen und regionalen
Menschenrechtsschutz**

*Harmful Traditional and Cultural Practices in
International and Regional Human Rights Law*
(English Summary)

 Springer

ISSN 0172-4770

ISSN 2197-7135 (electronic)

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

ISBN 978-3-662-58756-0

ISBN 978-3-662-58757-7 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-58757-7>

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

Springer

© Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Für Pia, Arthur und Friedemann

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Sommersemester 2018 als Dissertation angenommen. Sie wurde im Juni 2014 begonnen und im Januar 2018 abgeschlossen. Den thematischen Anstoß erhielt ich im Rahmen eines Arbeitsaufenthaltes im Büro der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) zur Stärkung der Afrikanischen Unionskommission in Addis Abeba anlässlich der Vorbereitung einer panafrikanischen Konferenz zu schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken in Afrika, die im Oktober 2011 stattfand.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M., für die Annahme dieses Dissertationsvorhabens sowie die umfassende Unterstützung und größtmögliche wissenschaftliche Freiheit bei der Erstellung der Arbeit. Auch meine ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl haben mit anregenden Diskussionen, kritischen Nachfragen und Lesehinweisen zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Besonders bedanken möchte ich mich bei Miriam Elsholz, Lina Lorenzoni-Escobar, Andrej Lang, Dr. Katja Rath, Liming Wei, Dustin Heße, Frank Zeugner, Vinzenz Sacher, Kristin Hoffmann, Manuel Brems und Jürgen Behring, sowie den ehemaligen Mitarbeiterinnen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dirk Hanschel, Katrin Kappler und Anna Stransky. Bei Frau Prof. Dr. Katja Nebe möchte ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens ganz herzlich bedanken. Besonders bedanken möchte ich mich auch bei den Direktoren des Instituts, Herrn Professor Dr. Armin von Bogdandy und Frau Professorin Dr. Anne Peters, für die Aufnahme in die Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Ein großes Dankeschön geht auch an Maike Schäfer, die die englische Zusammenfassung der Arbeit mit der ihr eigenen großen Sorgfalt durchgesehen hat. Gefördert wurde das Forschungsprojekt zu meiner großen Freude im November 2016 durch den Preis für Forschungsvorhaben mit Genderaspekt des Ministeriums für Justiz und Gleichstellung Sachsen-Anhalt und der Koordinierungsstelle Genderforschung & Chancengleichheit Sachsen-Anhalt an der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg (OvGU).

Vor allem aber wäre die Umsetzung dieser Arbeit, die kurz vor der Geburt unseres ersten Kindes begann und drei Jahre später wenige Wochen vor der Geburt unseres zweiten Kindes endete, nicht möglich gewesen ohne den tatkräftigen und unbedingten Rückhalt durch meine Familie. Meine Eltern, Kerstin und Joachim, haben mir stets in allen Lebenslagen Mut und Kraft geschenkt. Ihnen verdanke ich die unbedingte Förderung und Bestärkung seit den Kindertagen über den mitunter steinigen und kräftezehrenden Weg durch das Studium und das Referendariat bis heute. In der Promotionsphase haben sie mir durch unzählige Stunden des Kinderwagenschiebens die nötige Zeit und Ruhe verschafft, die es brauchte, um die Grundsteine der Arbeit zu legen. Zusammen mit meinem Bruder, Torsten, und meinem guten Freund, Martin Lippert, haben sie in der anstrengenden Schlussphase sorgsam Kapitel für Kapitel Korrektur gelesen. Dass wir die Zeit der Dissertation nun im Guten hinter uns gebracht haben, ist auch ihr großer Verdienst. Für ihre stetige Unterstützung und Motivation werde ich ihnen immer dankbar sein. Meine lieben Schwiegereltern, Erdmute und Hans-Peter, bereicherten den Schaffensprozess durch kritische Nachfragen und wertvolle Hinweise zum Schreibprozess.

Mein innigster Dank gilt meinem Mann, Friedemann, der mir in unzähligen Stunden sein offenes Ohr und seinen wachen Verstand lieh und in den entscheidenden Phasen den Rücken freihielt. Ihm und unseren Kindern ist diese Arbeit gewidmet.

Leipzig, Dezember 2018

Romy Klimke

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung	1
I. Einführung	1
II. Stand der Forschung und Ableitung des Untersuchungsgegenstandes	7
III. Gang der Untersuchung	8
Kapitel 2: Die Entwicklung des Konzepts der schädlichen kulturellen und traditionellen Praktiken im System der Vereinten Nationen	11
A. Vorbemerkung zur methodischen Herangehensweise	11
B. Aufkommen des Begriffs und frühe Entwicklung: 1952 bis 1979	12
I. Erste Auseinandersetzungen mit der Problematik	12
II. Die 1970er-Jahre: Anstöße durch die Frauenrechtsbewegung	15
1. Die UN-Frauenrechtskonvention: Das Private wird politisch	16
2. Erste Maßnahmen der Weltgesundheitsorganisation	18
C. Entwicklung in den 1980er-Jahren	19
I. Die UN-Deklaration über die Beseitigung aller Formen der Intoleranz und Diskriminierung aufgrund der Religion oder des Glaubens	20
II. Einsetzung einer UN-Arbeitsgruppe zu traditionellen Praktiken	21
III. Die UN-Sonderberichterstatteerin zu schädlichen traditionellen Praktiken	23
IV. Die UN-Kinderrechtskonvention	28
D. Entwicklung seit den 1990er-Jahren	28
I. Allgemeine Empfehlung Nr. 14 des UN-Frauenrechtsausschusses, 1990	29
II. Die regionalen Seminare in Burkina Faso und Sri Lanka	29
III. Schädliche traditionelle Praktiken im Rahmen der Agenda zu Gewalt gegen Frauen	31
1. Allgemeine Empfehlung Nr. 12 des UN-Frauenrechtsausschusses, 1989	31

2. Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des UN-Frauenrechtsausschusses, 1992	32
3. Die Weltmensenrechtskonferenz in Wien und die UN-Erklärung über die Beseitigung der Gewalt gegen Frauen im Jahr 1993	34
4. Die Erklärung und Aktionsplattform von Beijing 1995	35
IV. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken im Kontext von sexueller und reproduktiver Gesundheit und Rechten	36
1. Die IV. Internationale Konferenz zu Bevölkerung und Entwicklung 1994	36
2. Das General Comment Nr. 14 des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	37
V. Das Fact Sheet Nr. 23 des UN-Hochkommissars für Menschenrechte	38
VI. Beiträge der thematischen Berichterstatter zu Gewalt gegen Frauen, Religions- und Glaubensfreiheit und Gewalt gegen Kinder (1994–2006)	40
1. Die UN-Sonderberichterstatterin zu Gewalt gegen Frauen, deren Ursachen und Konsequenzen	40
a. Der einleitende Bericht, 1994	41
b. Der Bericht zu kulturellen Praktiken in der Familie (2002)	42
c. Der Bericht zu Intersektionen zwischen Kultur und Gewalt gegen Frauen (2007)	45
2. Der UN-Sonderberichterstatter zur Religions- und Glaubensfreiheit	47
3. Der Unabhängige Experte des UN-Generalsekretärs zu Gewalt gegen Kinder	49
VII. Rezeption des Konzepts durch die UN-Generalversammlung	50
E. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken in den Entwicklungszielen der Vereinten Nationen	51
F. Die gemeinsame Stellungnahme der UN-Frauenrechts- und Kinderrechtsausschüsse zu schädlichen Praktiken Nr. 18/31 (2014)	54
I. Resultate des Calls for Papers	55
II. Die gemeinsame Stellungnahme der UN-Ausschüsse für Kinder- und Frauenrechte	56
G. Zusammenfassung der diskursiven Einrahmung des Konzepts und kritische Würdigung	59
I. Der Gesundheitsdiskurs	59
II. Der Diskurs der Geschlechtergleichheit	61
III. Der Gewaltdiskurs	64
IV. Der allgemeine Menschenrechtsdiskurs	69
V. Abschließende Stellungnahme	70

Kapitel 3: Fallstudien paradigmengestaltender Praktiken	71
A. Die weibliche Genitalverstümmelung	72
B. Die Früh- und Zwangsverheiratung	85
I. Frühverheiratungen	85
II. Zwangsverheiratungen	89
1. Fallbeispiel 1: <i>Levirate</i> , die Vererbung von Ehefrauen und <i>Sororate</i>	89
2. Fallbeispiel 2: Verheiratung eines Vergewaltigungsopfers an den Täter	91
C. Polygamie	92
D. Verbrechen im Namen der Ehre	96
E. Bevorzugung von Söhnen	102
I. Diskriminierende Versorgung und Ernährung von Mädchen	102
II. Geschlechtsselektive Abtreibungen und weibliche Infantizide: „Better 500 rupees now than 5,000 rupees later“	105
F. Schlussfolgerungen	107
I. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken und soziale Normen	109
II. Keine isolierte Überwindung von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken	111
III. Praxisbeispiel: Der <i>Alternative rites</i> -Ansatz	113
IV. Zwang und Selbstbestimmung – Erste Überlegungen	113
Kapitel 4: Die Begriffe der Kultur und der Tradition im internationalen Menschenrechtsdiskurs	117
A. Kultur im internationalen Menschenrechtsdiskurs	118
I. Interdisziplinäre Annäherung an den Kulturbegriff	118
1. Die Kulturkonzeption von <i>Roger O'Keefe</i>	119
2. Kultur zwischen Gemeinsamkeit und Differenz	120
3. Der Kulturbegriff in der Kulturwissenschaft	121
4. Ethnozentristische, eurozentristische, orientalisierende und okzidentalistische Sichtweisen auf Kultur	122
5. Feministische Kulturverständnisse	124
6. Das Verhältnis von Kultur und Religion	127
7. Zwischenergebnis	130
II. Universalitätspostulat und Kulturrelativismus	131
1. Universalismus	131
2. Kulturrelativismus	134
3. Vermittelnde Positionen	139
a. <i>Abdullahi An-Na'im</i> und <i>Makau Mutua</i> : „The gourd is only partially full“	139
aa. <i>Abdullahi An-Na'im</i>	140
ab. <i>Makau Mutua</i>	143
ac. Einordnung	145

b. <i>Jack Donnelly</i> : Moralische Bewertung von kulturell relativen Praktiken	145
c. <i>Sebastian Poulter</i> : Menschenrechte als ultimativer Bewertungsmaßstab	148
d. <i>Alison Dundes Renteln</i> : Das Prinzip des irreparablen Schadens	149
e. <i>Eva Brems</i> : Das Kriterium der individuellen Selbstbestimmung	150
f. Schlussfolgerung	152
III. Kulturelle Menschenrechte	153
1. Verankerung im internationalen und regionalen Menschenrechtsschutz	155
2. Bedeutung von kulturellen Rechten für den Menschenrechtsdiskurs	157
3. Individuelle oder kollektive Rechte?	160
4. Kulturelle Rechte als Völkergewohnheitsrecht?	162
5. Staatenobligationen	163
6. Die UN-Sonderberichterstatteerin zu kulturellen Rechten	163
7. Grenzen von kulturellen Rechten	166
8. Offene Fragen	168
IV. Zwischenbetrachtung	168
B. Tradition im Menschenrechtsdiskurs	171
I. Allgemeine Begriffsdefinition	171
II. Der Traditionsbegriff im Völkervertragsrecht	172
III. Traditionelle Werte und der UN-Menschenrechtsrat	173
IV. Einordnung	181
C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	183
Kapitel 5: Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken im internationalen Menschenrechtsschutzsystem	187
A. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken in der UN-Frauenrechtskonvention	188
I. Die UN-Frauenrechtskonvention im Überblick	189
1. Vorüberlegung: Frauenbilder vor und in der UN-Frauenrechtskonvention	189
2. Der Diskriminierungsbegriff in der Frauenrechtskonvention	190
3. Die Natur der Staatenobligationen	191
4. Vorbehalte	192
5. Der UN-Frauenrechtsausschuss	195
6. Das Fakultativprotokoll	200
II. Das Verhältnis der Geschlechter und substanzielle Gleichheit in der UN-Frauenrechtskonvention	201
1. Binäres Geschlechterkonstrukt	201
2. Asymmetrisches Diskriminierungsverbot	204
3. Ergebnisgleichheit als Zielvorgabe	206

- III. Schädliche kulturelle und traditionelle Praktiken in den Artikeln 2 lit. f), 5 lit. a) und 16 CEDAW 207
 - 1. Die Artikel 2 lit. f) und 5 lit. a) CEDAW 207
 - a. Kultur in Art. 5 lit. a) CEDAW 209
 - b. Vorbehalte gegen Art. 5 lit. a) CEDAW 213
 - 2. Artikel 16 CEDAW 214
 - a. Frühverheiratung 214
 - b. Zwangsverheiratung 215
 - c. Polygamie 215
 - d. Diskriminierende Rechtslagen zum Nachteil von Witwen ... 216
 - 3. Verhältnis zu Art. 13 CEDAW 217
- IV. Zwischenbetrachtung 218
- B. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken in der Kinderrechtskonvention 219
 - I. Historische Grundlagen 219
 - II. Die UN-Kinderrechtskonvention im Überblick 221
 - 1. Vorbehalte 221
 - 2. Der UN-Kinderrechtsausschuss 223
 - 3. Fakultativprotokolle 227
 - III. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken in der UN-Kinderrechtskonvention 228
 - 1. Artikel 24 Abs. 3 CRC 228
 - a. Erkenntnisse aus dem Entwurfsprozess 229
 - b. Praktiken zum Nachteil der Gesundheit des Kindes 230
 - ba. Der Begriff der Gesundheit 230
 - bb. Die Überwindung von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken als präventive Maßnahme 231
 - bc. Gesundheit als kulturell geprägtes Konzept 232
 - bd. Fallbeispiel: Die Verlängerung der Schamlippen bei den *Baganda* 233
 - c. Die Natur der Staatenobligationen unter Art. 24 Abs. 3 CRC 234
 - 2. Körperliche Züchtigung: Artikel 19 Abs. 1 oder Artikel 24 Abs. 3 CRC? 235
 - 3. Das Verhältnis von Artikel 24 Abs. 3 zu den Artikeln 8, 30 und 31 CRC 238
 - 4. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken im Lichte des Kindesinteresses, Art. 3 Abs. 1 CRC 241
 - a. Das Interesse des Kindes, Art. 3 Abs. 1 CRC 241
 - b. Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken und das Interesse des Kindes 245
 - IV. Zwischenbetrachtung 249

C.	Die gemeinsame Stellungnahme Nr. 31/18 der UN-Frauenrechts- und Kinderrechtsausschüsse zu schädlichen Praktiken.	250
	I. Rechtliche Einordnung: Allgemeine Empfehlungen als <i>Soft Law</i> . . .	250
	II. Überblick über die eingereichten Positionspapiere	252
	III. Die gemeinsame Stellungnahme Nr. 31/18 der UN-Frauen- und Kinderrechtsausschüsse.	258
	1. Einordnung als thematische Stellungnahme.	258
	2. Begriffliche Distanzierung von den Attributen <i>traditionell</i> und <i>kulturell</i>	258
	3. Ursachen von schädlichen Praktiken	259
	4. Der Begriff der Schädlichkeit	260
	5. Die Obligationen der Vertragsstaaten	265
	a. Die Pflichtentrias <i>respect – protect – fulfil</i>	265
	b. Staatenpflichten in der gemeinsamen Stellungnahme Nr. 31/18.	266
	IV. Kritische Anmerkungen.	270
D.	Kritik der Auswahl der Praktiken.	271
	I. Vernachlässigte Gruppen: Jungen und intersexuelle Kinder	271
	1. Strukturelle Parallelen zwischen der weiblichen Genitalverstümmelung, der männlichen Genitalbeschneidung und operativen Eingriffen an intersexuellen Kindern	272
	a. Die männliche Genitalbeschneidung	273
	aa. Die männliche Beschneidung in den monotheistischen Religionen	275
	ab. Potentielle Komplikationen	276
	b. Chirurgisch-plastische Operationen an intersexuellen Kindern	277
	c. Parallelen zur weiblichen Genitalverstümmelung	284
	2. Die Tradition des <i>Bacha Bazi</i>	288
	3. Schlussfolgerungen und Reformansätze	289
	a. Der Begriff des Gender	291
	b. Die <i>Yogyakarta</i> -Prinzipien als Quelle für eine Neuinterpretation der UN-Frauenrechtskonvention	292
	c. Ergänzung der UN-Frauenrechtskonvention um ein zweites Fakultativprotokoll	294
	II. Kulturelle Voreingenommenheit	295
	1. Kosmetische Operationen im Genitalbereich und die weibliche Genitalverstümmelung	295
	2. Prostitution als schädliche traditionelle und kulturelle Praktik? – Überlegungen unter Berücksichtigung von <i>Trokosi</i> , <i>Deuki</i> und <i>Devadasi</i>	297
	a. Konzeptionen der Prostitution	298
	aa. Prostitution als Sexarbeit	298
	ab. Prostitution als sexuelle Ausbeutung	300
	b. Negative Konsequenzen der Legalisierung	301

- c. Entwicklung des UN-Diskurses zur Prostitution 304
- d. Entwicklungen innerhalb der Europäischen Union und des Europarates 307
- e. Im Vergleich: *Trokosi*, *Deuki* und *Devadasi* im UN-Diskurs . . . 310
- f. Schlussfolgerung: Prostitution als schädliche traditionelle und kulturelle Praktik? 312
- 3. Die Verwendung von Lippenscheiben bei den *Mursi* und ästhetische Zahnkorrekturen in westlichen Ländern 316
- 4. Die Wiederherstellung des Jungfernhütchens 318
- 5. Stellungnahme 319
- E. Statt einer Zusammenfassung: Vorschlag eines Abwägungsmodells auf der Grundlage des Menschenrechts auf Kultur 323
 - I. Ausschluss der Anwendbarkeit bei Zwang 324
 - II. Die Einwilligungsfähigkeit als Voraussetzung für die Ausübung des Menschenrechts auf Kultur 325
 - 1. Die Einwilligungsfähigkeit im Kontext von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken: Viktimisierung vs. Autonomie 325
 - 2. Qualitative Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit 331
 - a. Bei Minderjährigen 331
 - b. Bei Erwachsenen 334
 - III. Grenzen der Menschenrechtskonformität: Der physische Invasivitätsgrad und die Relevanz einer Praktik für die kulturelle Identität 337
 - 1. Tödliche und lebensgefährdende Praktiken 338
 - a. Recht auf Selbstmord – Recht auf Sati? Der Fall *Roop Kanwar* 338
 - aa. Hintergrund 338
 - ab. Der Tod von Roop Kanwar 340
 - ac. Falldiskussion 342
 - b. Mittelbar lebensgefährdende Praktiken 343
 - 2. Die Relevanz einer Praktik für die kulturelle Identität 346
 - IV. Zusammenfassung und Anmerkungen 348

Kapitel 6: Rezeption des Konzepts im regionalen Menschenrechtsschutz 351

- A. Schädliche traditionelle Praktiken als Gewalt gegen Frauen: Entwicklungen im amerikanischen und europäischen Menschenrechtssystem 352
 - I. Im amerikanischen Menschenrechtsschutz 352
 - 1. Begriffsdefinition und Anwendungsbereich der Konvention . . . 354
 - 2. Relevante Rechte im Kontext von Gewalt gegen Frauen 354
 - 3. Verpflichtungen der Staaten 355
 - 4. Durchsetzungs- und Schutzmechanismen der Konvention 357
 - 5. Beurteilung der Konvention 358

II.	Im europäischen Menschenrechtsschutz	359
1.	Einführung	359
a.	Weibliche Genitalverstümmelung in Europa	360
b.	Früh- und Zwangsverheiratung in Europa	361
c.	Ehrverbrechen in Europa	362
2.	Maßnahmen des Europarates	362
a.	Die <i>Istanbul</i> -Konvention im Überblick	365
b.	Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken in der <i>Istanbul</i> -Konvention	366
ba.	Die Artikel 37 und 32 zur Zwangsverheiratung	367
bb.	Der Artikel 38 zur weiblichen Genitalverstümmelung	368
c.	Ausschluss der Rechtfertigung für schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken	372
d.	Anforderungen an die Vertragsstaaten	376
e.	Möglichkeit des Vorbehaltes	378
f.	Anmerkung	378
3.	Maßnahmen der Europäischen Union	379
4.	Stellungnahme	383
B.	Das afrikanische Menschenrechtssystem und der Schutz vor schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken: Entwicklung eines eigenständigen Menschenrechts	388
I.	Inkurs: Hexenverfolgung im kontemporären Afrika – Zwischen Mythos und Moderne	389
1.	Verfolgung von Kindern	395
2.	Reflektion	399
II.	Überlegungen zu den Grundlagen des afrikanischen Menschenrechtsschutzsystems	401
1.	Die AU-Charta	401
2.	Die Afrikanische Charta der Menschen- und Völkerrechte	402
3.	Die Afrikanische Kommission der Menschen- und Völkerrechte	404
4.	Der Afrikanische Gerichtshof der Menschen- und Völkerrechte	407
III.	Die Bedeutung von Kultur und Tradition im afrikanischen Menschenrechtsschutzsystem	409
1.	Unterscheidung zwischen positiven und negativen kulturellen Werten und Traditionen	410
2.	Dynamischer Kulturbegriff	410
IV.	Untersuchung der relevanten Menschenrechtsabkommen	413
1.	Die Afrikanische Charta über die Rechte und das Wohl des Kindes	413
a.	Hintergrund	413
b.	Überblick	415

V. Schlussfolgerung: Ein eigenständiges Menschenrecht auf Schutz vor schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken	447
1. Pflichten der Staaten	448
2. Konkretisierung der Pflichtentrias für das Recht auf Schutz vor schädlichen Praktiken	448
3. Die materielle Justiziabilität des Rechts auf Schutz vor schädlichen Praktiken	450
C. Entwicklungen im arabischen und südostasiatischen Menschenrechtsschutz	452
I Im arabischen Menschenrechtsschutz	452
II Im südostasiatischen Menschenrechtsschutz	455
D. Stellungnahme	457
Kapitel 7: Das Verbot von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken als Völkergewohnheitsrecht	461
A. Vorüberlegungen	461
I. Die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht	461
1. Allgemeine Praxis	462
2. Die <i>opinio iuris</i>	466
3. <i>Ius cogens</i>	467
4. Regional-partikuläres Völkergewohnheitsrecht	467
II. Schlussfolgerungen für die völkergewohnheitsrechtliche Prüfung	468
B. Das Verbot von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken als universelles Völkergewohnheitsrecht?	470
I. Völkerrechtliche Verträge	470
II. Internationale Erklärungen	472
III. Resolutionen der UN-Generalversammlung	473
IV. Auszüge aus dem nationalen Verfassungs- und sonstigem Recht	476
V. Schlussfolgerung und Einzelfallprüfungen	478
1. Das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung	479
2. Das Verbot der Früh- und Zwangsverheiratung	483
3. Das Verbot von weiblichen Infantiziden und der pränatalen Geschlechtsselektion	485
4. Abschließende Beurteilung	486
Kapitel 8: Schlussbetrachtung	489
English Summary	503
Literaturverzeichnis	507

Kapitel 1: Einleitung



I. Einführung

Im Zuge der Globalisierung, der universellen medialen und technologischen Vernetzung sowie interkontinentalen Migrationsbewegungen sind soziokulturelle Phänomene wie die weibliche Genitalverstümmelung und Kindesverheiratung weltweit bekannt geworden. Romane und Reportagen haben sich diesen Thematiken in wachsendem Maße zugewendet und sie mit bildhaften Assoziationen von ariden Landschaften, verunreinigten Rasierklingen, runzeligen Händen und hilflosen Kindern verknüpft. Durch die Veröffentlichung der erfolgreichen Biografie „Wüstenblume“ von Waris Dirie im Jahr 1998 wurden unzählige Leser jenseits des Fachpublikums mit der Problematik der weiblichen Beschneidung konfrontiert. Im Jahr 2012 ging das Foto eines jemenitischen Mädchens und ihres Ehemanns um die Welt, den sie im Alter von sechs Jahren geheiratet hatte, als er bereits 25 Jahre alt war.¹ Im selben Jahr erregten Medienberichte über öffentliche Überprüfungen der Jungfräulichkeit als Vergeltung für das politische Engagement von Frauen, wie sie auf dem Tahir-Platz in Kairo während des arabischen Frühlings zu beobachten waren, internationales Aufsehen. Erst im März 2016 wurde die 21-jährige Jesidin Shilan Hassen in Hannover von ihrem Cousin getötet, weil sie eine Zwangsverlobung abgelehnt hatte.²

¹ Die Fotografin Stephanie Sinclair wurde für das Foto von der Stiftung *World Press Photo* in der Kategorie Contemporary Issues mit dem ersten Preis ausgezeichnet. Das Foto und weitere Informationen sind im Internet abrufbar unter: worldpressphoto.org/collection/photo/2012/contemporary-issues/stephanie-sinclair. Zugegriffen am 17.12.2018.

² Müller, Und Shilan musste sterben, in: Die Zeit Online, 06.10.2016, im Internet erhältlich unter: zeit.de/2016/40/ehremord-jesidin-hochzeit-religion-modernes-denken. Zugegriffen am 17.12.2018.

Alle diese Phänomene lassen sich unter dem Begriff der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken zusammenfassen. Ursprünglich als Synonym für die weibliche Genitalverstümmelung entwickelt, wird das recht sperrige Wortkonstrukt heutzutage zur Beschreibung einer Vielzahl von Bräuchen, Prozeduren und Phänomenen verwendet, welche sich auf das Individuum schädlich auswirken, aber soziokulturell akzeptiert und legitimiert werden.³ Den Praktiken ist gemein, dass sie keinen nachweisbaren therapeutischen Zweck verfolgen und in der Regel mit einer Beeinträchtigung der Gesundheit sowie anderer Rechtsgüter der betroffenen Personen einhergehen.⁴ Dadurch lösen sie ungeachtet dessen, dass sie im horizontalen Verhältnis zwischen privaten Individuen und Gruppen durchgeführt werden, die menschenrechtliche Schutzverpflichtung des Staates aus.

Auf der Ebene der Vereinten Nationen ist das Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken (*Harmful Traditional and Cultural Practices*) bereits in den 1950er-Jahren aufgetaucht. So befasste sich beispielsweise eine Resolution der UN-Generalversammlung aus dem Jahr 1954 mit „customs, ancient laws and practices relating to marriage and family“, welche mit den fundamentalen Prinzipien der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte unvereinbar seien.⁵ Besonders weitverbreitete Praktiken, die vor allem Frauen und Mädchen betreffen, haben seither eine stetig wachsende und aktive Frauenrechtslobby auf den Plan gerufen und die Entwicklung des Konzepts untrennbar mit der Frauenrechtsbewegung verknüpft. Im Jahr 1984 nahm die UN-Menschenrechtskommission eine erste Resolution mit dem Titel „Traditional practices affecting the health of women and children“ an, welche den Grundstein für eine langjährige Auseinandersetzung mit der Problematik legte.⁶ Zahlreiche andere UN-Organe griffen das Thema auf und machten es zum Gegenstand zahlreicher Debatten und Initiativen. Heutzutage bildet das Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken einen relevanten Bestandteil der internationalen Menschenrechtsagenda.

Insbesondere auf dem afrikanischen Kontinent zeigt sich zudem in aller Deutlichkeit, dass schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken auch ein gravierendes Hemmnis für das Entwicklungspotenzial einer Region darstellen können. Die hohen Geburtenraten und damit verbundene Müttersterblichkeit sind ebenso wie die Prävalenz von HIV/Aids in weiten Teilen Subsahara-Afrikas nicht zuletzt Folgen von traditionell-motivierten Eingriffen in die physische Integrität von Frauen und Mädchen. Mangelnde Bildungschancen und ein verminderter Zugang zum

³ *Merry*, Human rights and gender violence: translating international law into local justice, 2007, S. 27.

⁴ *Kouyaté*, Harmful Traditional Practices against Women and Legislation, Paper presented at the Expert Group Meeting on good practices in legislation to address harmful practices against women, 25. bis 28. Mai 2009, Addis Abeba, S. 2.

⁵ UN-Generalversammlung, Resolution on the Status of women in private law: customs, ancient laws and practices affecting the human dignity of women, A/RES/843 (IX), 17.12.1954, Präambel, Abs. 2.

⁶ UN-Menschenrechtskommission, Resolution 1984/48, 13.03.1984.

Arbeitsmarkt sind unmittelbare Folgen der Frühverheiratung und anderer Praktiken, welche nicht nur die individuelle Entfaltung einer Person beschränken, sondern darüber hinaus auch zu Lasten der Angehörigen sowie des gesamtgesellschaftlichen Wohlstandes gehen. Die internationale Staatengemeinschaft bestätigte diese Zusammenhänge, indem sie das Konzept im Jahr 2015 in die nachhaltigen Entwicklungsziele der Vereinten Nationen (SDGs) aufnahm. Das Ziel 5 mit dem Titel „Achieve gender equality and empower all women and girls“ nennt als eine konkrete Zielsetzung die Beseitigung aller „harmful practices, such as child, early and forced marriage and female genital mutilation“. Übereinstimmend hat sich die Afrikanische Union die Überwindung aller schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken, die Frauen und Mädchen diskriminieren, insbesondere die weibliche Genitalverstümmelung und die Frühverheiratung, in der *Common African Position on the post-2015 agenda*⁷ sowie in der Agenda 2063⁸ auf die Fahnen geschrieben.

Die Liste der Praktiken, die innerhalb der Vereinten Nationen Bedeutung erlangt haben, ist in den vergangenen Jahrzehnten im Kern konstant geblieben. Sie wurde indes immer wieder ergänzt, sodass heutzutage auch vergleichsweise unbekannte Phänomene erfasst werden, wie die Entfernung der Milchzähne, der Brauch des Brustbügelns in Kamerun oder das Phänomen der Hexenverfolgung in Afrika. Einen abschließenden Katalog gibt es hingegen nicht. Auch in der vorliegenden Untersuchung werden zwar zahlreiche Praktiken erörtert, ohne dass indes ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden soll. Um Redundanzen zu anderen, umfassenden Studien zu vermeiden, wurde beispielsweise von einer eingehenden Analyse von Gewaltvorfällen im Zusammenhang mit Mitgift- und Brautpreisforderungen sowie des chinesischen Brauchs des Fußbindens abgesehen. Diese Praktiken werden vielfach an anderen Stellen der Literatur untersucht, auf welche hiermit verwiesen wird. Statt ihrer sollen in der vorliegenden Untersuchung bewusst auch Praktiken eruiert werden, welche weniger bekannt oder verbreitet sind oder sich in bestimmter Hinsicht von dem Paradigma der ‚klassischen‘ schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken unterscheiden.

Zu der vermeintlichen Unschärfe und Konturenlosigkeit des Konzepts trägt auch die terminologische Vielfalt in den Dokumenten der Vereinten Nationen und anderen zwischenstaatlichen Organisationen, den Beiträgen von Nichtregierungsorganisationen und im akademischen Schrifttum bei. Am weitesten verbreitet sind

⁷Afrikanische Union, Common African Position (CAP) on the Post-2015 Development Agenda, Heads of States Summit, Januar 2014, Abs. 43; abrufbar unter: acordinternational.org/silo/files/common-africa-position-on-post-2015.pdf. Zugegriffen am 17.12.2018; vgl. dazu *Klimke*, How to Unleash the Economic Potenzial of Women in Africa – Challenges and Opportunities in the Context of the Post-2015 Agenda, in: *African Yearbook of International Law* 21 (2015), [im Erscheinen].

⁸AU-Kommission, Agenda 2063 – The Africa We Want, Addis Abeba 2015, Abs. 51, 72; abrufbar unter: <http://www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/agenda2063.pdf>. Zugegriffen am 17.12.2018.

die Bezeichnungen der *harmful traditional practices*,⁹ *harmful cultural practices*,¹⁰ *harmful traditional or customary practices*,¹¹ *harmful socio-cultural practices*¹² sowie *harmful traditional and cultural practices*.¹³ Üblich sind auch die Formulierungen *traditional practices harmful to the health of women and girls*

⁹Vgl. z. B. UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008, S. 69; UN Department of Economic and Social Affairs, World Youth Report 2005. Young people today, and in 2015, 2005, S. 162; UN-Generalversammlung, Resolution on the girl child, A/RES/62/140, 18.12.2007, Abs. 13; UN-Menschenrechtskommission, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Harmful traditional practices affecting the health of women and the girl child, E/CN.4/Sub.2/Res/2003/28, 14.08.2003; UN-Sozialausschuss, General Comment No. 14, 2000, Abs. 22; UNICEF, Early Marriage: A harmful traditional practice, 2005; UNICEF Ethiopia, Harmful Traditional Practices, Briefing Note, 2015, abrufbar unter: unicef.org/ethiopia/Child_Marriage_and_FGM_2015.pdf. Zugegriffen am 17.12.2018; UNAMA/OHCHR, Harmful Traditional Practices and Implementation of the Law on Elimination of Violence Against Women in Afghanistan, 2010, im Internet erhältlich unter: https://unama.unmissions.org/sites/default/files/harmful_traditional_practices_english.pdf. Zugegriffen am 17.12.2018; UN-Generalversammlung, CEDAW-Report, 37th – 39th session, A/62/38, 2007, Abs. 239; CEDAW-Report, 26th and 27th session, A/57/38, 2002, S. 204, Abs. 136, 338, 399; EU-Parlament, Resolution on ending female genital mutilation (2012/2684(RSP), B7-0304/2012, 14.06.2012, Abs. C.; Österreichisches Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (Hrsg.), Measures against harmful traditional practices, Konferenzbericht zur EU-Konferenz „Joint Action of Member States against Harmful Traditional Practices“ am 25.01.2006, Wien 2006, abrufbar unter: Zugegriffen am 17.12.2018; *Kouyaté*, Harmful Traditional Practices against Women and Legislation, Paper presented at the Expert Group Meeting on good practices in legislation to address harmful practices against women, 25. bis 28. Mai 2009, Addis Abeba; im Schrifttum: *Bailliet*, Persecution in the home – Applying the due diligence standard to harmful traditional practices within human rights and refugee law, in: *Nordic Journal of Human Rights* 30 (2012), S. 36 ff.; *Holmaat/Naber*, Women’s human rights and culture, 2010, S. 35 ff.; *Sabatello*, Children’s Bioethics: The International Biopolitical Discourse on Harmful Traditional Practices and the Right of the Child to cultural identity, 2009; *Packer*, Using Human Rights to Change Tradition, 2002, S. 17 ff.

¹⁰UN-Generalversammlung, Resolution on the girl child, A/RES/51/76, 12.12.1996, Abs. 3 lit. c); im Schrifttum: *Jeffreys*, Prostitution as a harmful cultural practice, in: Whisnant/Stark, Not for Sale: Feminists Resisting Prostitution and Pornography, 2004; *Fagan/Fridlund*, Relative Universality, Harmful Cultural Practices and the United Nations’ Human Rights Council, in: *Nordic Journal of Human Rights* 34 (2016), S. 21 ff.; *Longman/Bradley* (Hrsg.), Interrogating Harmful Cultural Practices. Gender, Culture and Coercion, 2015; *Brems*, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, in: *Human Rights Quarterly* 19 (1997), S. 148.

¹¹UN-Generalversammlung, A/RES/54/133, 07.02.2000; UN-Generalversammlung, A/RES/62/126, 15.11.2007, Annex, Abs. 41.

¹²UN-Menschenrechtsrat, Written statement submitted by the Inter-African Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children (IAC), a non-governmental organization in special consultative status, A/HRC/21/NGO/129, 12.09.2012, S. 2.

¹³UN-Generalversammlung, Resolution on the girl child, A/RES/53/127, 09.12.1998, Abs. 6 lit. d); A/RES/52/106, 12.12.1997, Abs. 4 lit. d); UN-Menschenrechtsrat, Resolution on the Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief, HRC/RES/6/37, 14.12.2007, Präambel, Abs. 10; operativer Abs. 11 lit. b); UN-Sozialausschuss, General Comment No. 14, 2000, Abs. 21.

beziehungsweise *children*,¹⁴ *harmful practices based on tradition, culture, religion or superstition*¹⁵ und *traditional or customary practices inconsistent with human rights and fundamental freedoms*.¹⁶ Den Ausdruck der *traditional or customary practices affecting the health of women and girls* hat die UN-Generalversammlung in ihren vier Resolutionen zu der Thematik aus den Jahren 1997 bis 2001 verwendet.¹⁷ Diesen Wortlaut hat auch der UN-Generalsekretär für die Titel seiner zugehörigen thematischen Berichte benutzt, wobei innerhalb der Berichte vorrangig die Bezeichnung *harmful traditional practices* gewählt wird.¹⁸ Im Schrifttum finden sich daneben weitere Begriffe wie die biomedizinischen oder *traditional bodily practices*, die Praktiken zum Nachteil der physischen Integrität einer Person erfassen.¹⁹

Innerhalb der Vereinten Nationen werden die Attribute *kulturell* und *traditionell* im Wesentlichen in austauschbarer Weise verwendet.²⁰ In jüngerer Zeit wird im UN-System auch vermehrt nur noch von *harmful practices* gesprochen.²¹ Als Begründung dafür wird einerseits angeführt, dass vermieden werden soll, dass traditions- und kulturverbundene Gemeinschaften an dem Diskurs Anstoß nehmen.²² Andererseits eröffne die Loslösung von den Attributen der Tradition und Kultur die Möglichkeit, auch moderne Phänomene unter das Konzept zu fassen, welche sich nicht akkurat als kulturell oder traditionell beschreiben lassen, aber dennoch als

¹⁴ WHO, Resolution on Maternal and child health and family planning: traditional practices harmful to the health of women and children, WHA47.10, 1994; EU-Parlament, Entschließung vom 24. März 2009 zur Bekämpfung der Genitalverstümmelung bei Frauen in der Europäischen Union (2008/2071(INI)), Abs. 27.

¹⁵ *International NGO Council on Violence against Children*, Violating children's rights: harmful practices based on tradition, culture, religion or superstition, 2012.

¹⁶ Europarat, Parlamentarische Versammlung, Recommendation No R (2002) 5 on the protection of women against violence, 30.04.2002.

¹⁷ Vgl. jeweils UN-Generalversammlung, A/RES/52/99 v. 12.12.1997, A/RES/53/117 v. 9.12.1998, A/RES/54/133 v. 17.12.1999 sowie A/RES/56/128 v. 19.12.2001.

¹⁸ UN-Generalsekretär, A/53/354 v. 10.09.1998, A/56/316 v. 22.08.2001 sowie A/58/169 v. 18.07.2003.

¹⁹ *Sabatello*, Children's Bioethics, 2009, S. 67 ff.

²⁰ *Merry*, Human rights and gender violence: Translating international law into local justice, 2007, S. 27.

²¹ So z. B. UN-Generalversammlung, Child, early and forced marriage, A/C.3/69/L.23/Rev.1, 17.11.2014; UN-Frauenrechtsausschuss/UN-Kinderrechtsausschuss, Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, 14.11.2014; vgl. dazu *International NGO Council on Violence against Children*, Violating children's rights: harmful practices based on tradition, culture, religion or superstition, 2012, S. 6.

²² Kritisch dazu *International NGO Council on Violence against Children*, Violating children's rights: harmful practices based on tradition, culture, religion or superstition, 2012, S. 6.

gesellschaftliche Konventionen akzeptiert werden.²³ In der akademischen Auseinandersetzung hat der Begriff der *harmful practices* noch keinen Widerhall gefunden.

Der Verzicht auf die Attribute überzeugt jedoch aus zwei Gründen nicht: Zunächst steht die Anerkennung der Existenz von schädlichen Traditionen oder kulturellen Bräuchen der Würdigung der positiven Aspekte derselben Kultur nicht entgegen. In jeder Kultur finden sich sowohl positive als auch negative Elemente. Eine differenzierte Auseinandersetzung mit schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken indes kann nur erfolgen, wenn der kulturelle Kontext umfassend eruiert und die zugrunde liegenden schädlichen Werte und Normen herausgearbeitet werden.

Zudem liegt der Schwerpunkt der Betrachtung ohne eine solche Kontextualisierung ausschließlich auf dem Schädigungspotenzial einer Praktik. Die betreffenden Akteure werden dadurch gleichsam zu Schädigern gemacht. Die Beifügung des Schadens erfolgt mangels anderweitiger Verweise entgegen der als sozial allgemeingültigen Kodex anerkannten Verhaltensweisen. Dabei wird außer Acht gelassen, dass die Akteure von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken im Regelfall keinen Schädigungsvorsatz haben. Obgleich sie objektiv Schaden verursachen, handeln sie subjektiv in der Intention, bestimmte soziale, kulturelle und traditionelle Normen zu befolgen. Sie handeln folglich gerade nicht in der Annahme, Unrecht zu begehen, sondern fühlen sich im Einklang mit von ihnen als gültig erachteten Konventionen; im Gegensatz zum individuellen Delinquenten, der sich seines Regelübertritts bewusst ist, bewegt sich der Akteur einer schädlichen traditionellen und kulturellen Praktik innerhalb der gesellschaftlich vorgegebenen Rahmen. Einem Verstoß käme vielmehr die Nichtbefolgung der zugrunde liegenden sozialen Norm gleich. Aus diesem fehlenden Unrechtsbewusstsein darf zwar keine Rechtfertigung des schädigenden Verhaltens abgeleitet werden. Effektive und nachhaltige Maßnahmen zur Beseitigung von schädlichen Praktiken, welche neben der strafrechtlichen Verfolgung von Einzeltätern auch gesamtgesellschaftliche Prozesse des Bewusstseinswandels anstoßen, können indes nur entwickelt werden, wenn das zugrunde liegende kulturelle System berücksichtigt wird.

Die vorliegende Untersuchung hält sich darum grundlegend an den Begriff der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken. Die Kombination der Attribute traditionell und kulturell dient dabei zunächst bewusst der Vereinheitlichung, um ihre gleichrangige Bedeutung und wechselseitige Verwendung im internationalen Diskurs zu verdeutlichen. Wie insbesondere im vierten Kapitel näher erläutert werden soll, erweisen sich die Konzepte der Kultur und Tradition überdies als hinreichend interpretationsoffen, um auch neu entstehende soziale Phänomene zu erfassen.

²³ So z. B. UN-Frauenrechtsausschuss/UN-Kinderrechtsausschuss, Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, 14.11.2014.

II. Stand der Forschung und Ableitung des Untersuchungsgegenstandes

Bei der Auswertung des derzeitigen Stands der Forschung zum Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken fällt zunächst auf, dass das Thema in der angloamerikanischen Literatur eine weitaus größere Resonanz erfahren hat als im deutschen Schrifttum. In beiden Fällen sind die Auseinandersetzungen indes weit überwiegend durch einen Fokus auf einzelne ausgewählte Praktiken gekennzeichnet, welche beispielhaft zur Veranschaulichung oder gänzlich losgelöst von dem allgemeinen, abstrakten Konzept untersucht werden. Eine Auseinandersetzung mit dem Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken als solches wurde durch einzelne Abhandlungen seit der Jahrtausendwende angestoßen, welche das Thema aus politikwissenschaftlicher sowie ethnologischer Perspektive eruieren und für die vorliegende Arbeit wichtige Impulse gegeben haben.²⁴ Aufgrund der inhaltlichen Vielschichtigkeit des Konzepts der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken gab es zudem diverse Schnittstellen zu Arbeiten, die *prima facie* einen anderen thematischen Fokus aufweisen. Instruktiv waren beispielsweise die Erkenntnisse von *Angela Kolbe* über die Geschichte des Hermaphroditismus sowie insbesondere der Kulturbedingtheit des Zweigeschlechtermodells, welches sich erst nach Beginn der Neuzeit herausbildete.²⁵

In der deutschen Rechtswissenschaft fand bislang erst eine marginale Auseinandersetzung mit dem Konzept der schädlichen Praktiken statt. Die wenigen einschlägigen Forschungsarbeiten konzentrieren sich vornehmlich auf die Probleme im Zusammenhang mit einzelnen schädlichen Praktiken im nationalen Recht, namentlich die weibliche Genitalverstümmelung sowie die männliche Genitalbeschneidung.²⁶

Eine umfassende rechtspolitische und -historische Analyse der Entwicklung des Konzepts steht somit noch aus, ebenso wie eine vergleichende Untersuchung der entsprechenden rechtlichen Vorschriften im internationalen und regionalen Menschenrechtsschutz. An diesen Stellen möchte die vorliegende Arbeit ansetzen. In normativer Hinsicht sollen dabei vor allem die menschenrechtlichen Normen und Instrumente im Fokus stehen, welche einen konkreten Bezug zum Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken aufweisen. Welche sonstigen Menschenrechte im Einzelnen durch bestimmte schädliche Bräuche tangiert werden können, ist hingegen keine vordergründige Fragestellung dieser Arbeit. Der Untersuchungsgegenstand soll zudem bewusst nicht auf einen Kulturkreis oder eine bestimmte Personengruppe begrenzt werden, um interkulturelle als auch geschlechterübergreifende

²⁴ *Longman/Bradley* (Hsrg.), *Interrogating Harmful Cultural Practices. Gender, Culture and Coercion*, 2015; *Packer*, *Using human rights to change tradition*, 2002; *Sabatello*, *Children's Bioethics*, 2009; *Jeffreys*, *Beauty and Misogyny: Harmful cultural practices in the West*, 2005.

²⁵ *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010.

²⁶ *Rosenke*, *Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung*, 2000; *Manok*, *Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes*, 2015.

Schlussfolgerungen zu ermöglichen. Die Analyse soll von folgenden zentralen Fragestellungen geleitet werden: Was genau verbirgt sich hinter dem Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken? Wie wurde es in den Menschenrechtsschutzsystemen auf internationaler und regionaler Ebene rezipiert? Stellt jede schädliche Praktik auch eine Menschenrechtsverletzung der betroffenen Person dar? Welche Rolle spielt die Freiwilligkeit einer Teilnahme an einem schädlichen Brauch für die Beurteilung der Menschenrechtswidrigkeit? Wie weit reicht bei schädlichen Praktiken zum Nachteil von Kindern das elterliche Erziehungsrecht? Schädliche traditionelle und kulturelle Praktiken bewegen sich zudem im Spannungsfeld von universalistischen und kulturrelativistischen Menschenrechtskonzeptionen. Auch wenn die intensive Debatte um die Geltung der Menschenrechte in der jüngeren Zeit weitgehend abgeklungen ist, zeigt sich an der vorliegenden Thematik, dass das Grundproblem der Auseinandersetzung keinesfalls gelöst ist. Eine Auseinandersetzung mit der Bedeutung von Kultur und Tradition im Menschenrechtsdiskurs ist somit unabdinglich, um die Dynamiken und Kontroversen, die die Thematik der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken umgeben, richtig einzuordnen.

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist in sechs Kapitel unterteilt. Einleitend wird zunächst im zweiten Kapitel in einer rechtspolitischen Analyse die Entwicklung des Konzepts innerhalb des Systems der Vereinten Nationen seit den 1950er-Jahren nachvollzogen. Damit werden einerseits die Ziele verfolgt, einen umfassenden Überblick über die relevanten Arbeitsdokumente sowie Institutionen und Organe zu geben und das Konzept in den Kontext von anderen, sich überschneidenden menschenrechtlichen Entwicklungen zu stellen. Die chronologische Untersuchung dient überdies dazu, die verschiedenen diskursiven Deutungsmuster, in die das Konzept eingekleidet wurde, herauszuarbeiten. Die einzelnen Diskursrahmen werden am Ende des Kapitels zusammengefasst und diskutiert.

Anschließend an die rechtshistorische und -politische Annäherung an das Thema werden im dritten Kapitel fünf Praktiken, welche für das herrschende Paradigma der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken maßgeblich gewesen sind, fallstudienartig untersucht. Für diese Analyse wurden die weibliche Genitalverstümmelung, die Früh- und Zwangsverheiratung, die Polygamie, die sog. Ehrverbrechen sowie die Bevorzugung von Söhnen ausgewählt. In der Auseinandersetzung mit diesen schädlichen Bräuchen wird deutlich, dass sie alle ungeachtet ihrer divergierenden Charakteristika übereinstimmende Merkmale aufweisen und auf sozialen Normen beruhen, deren Wirkungsweise im Lichte der vorgestellten Praktiken genauer untersucht werden soll.

Im vierten Kapitel stehen die Begriffe der Kultur und der Tradition im Zentrum der Untersuchung, deren Verständnis für eine differenzierte Auseinandersetzung mit dem Konzept der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken eine zwingende

Voraussetzung darstellt. Dabei werden zunächst die Begriffe selbst auf ihren Bedeutungsgehalt analysiert und anschließend im allgemeinen Menschenrechtsdiskurs sowie konkret im Kontext von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken verortet.

Das fünfte Kapitel geht der normativen Rezeption des Konzepts im internationalen Menschenrechtsschutz nach. Im Einzelnen werden die UN-Konventionen zu den Rechten von Frauen und Kindern untersucht, welche jeweils Vorschriften enthalten, die konkret auf die Überwindung von schädlichen Bräuchen gerichtet sind. Desweiteren wird eine Stellungnahme zu schädlichen Praktiken aus 2014, die von den beiden Konventionsausschüssen gemeinsam erstellt wurde, untersucht. Die rechtsnormative Analyse wird durch eine kritische Auseinandersetzung mit der Auswahl von schädlichen Bräuchen im UN-Diskurs ergänzt. Ausgehend von mehreren illustrativen Fallstudien sollen insbesondere vernachlässigte Gruppen, wie Jungen und intersexuelle Kinder, sowie schädliche Praktiken in westlichen Gesellschaften diskutiert werden. Unter Berücksichtigung der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse wird schließlich ein eigenes Abwägungsmodell zur Beurteilung der Menschenrechtskonformität von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken vorgeschlagen, welches auf dem individuellen Menschenrecht auf Kultur beruht.

Die Untersuchung des internationalen Menschenrechtsschutzes wird im sechsten Kapitel ergänzt durch einen umfassenden Überblick über die Rezeption des Konzepts in den regionalen Menschenrechtsregimen. Neben den interamerikanischen und europäischen Systemen, welche die Problematik vorrangig in den Diskursrahmen der Gewalt gegen Frauen einbetten, sollen vor allem die Entwicklungen im afrikanischen Menschenrechtsschutz im Zentrum stehen. Ergänzend dazu werden auch die jüngeren Entwicklungen in den, in der Entstehung befindlichen, Menschenrechtsregimes im arabischen sowie im südasiatischen Raum berücksichtigt.

Im siebten Kapitel soll schließlich der Frage nach einer etwaigen völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Verbots von schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken nachgegangen werden.

Kapitel 2: Die Entwicklung des Konzepts der schädlichen kulturellen und traditionellen Praktiken im System der Vereinten Nationen



*„Human rights, viewed at the universal level, bring us face-to-face with the most challenging dialectical conflict ever: between ‚identity‘ and ‚otherness‘, between the ‚myself‘ and ‚others‘. They teach us in a direct straightforward manner that we are at the same time identical and different.“
(Boutros Boutros-Ghali)*

A. Vorbemerkung zur methodischen Herangehensweise

Die folgende Untersuchung orientiert sich in ihren Grundzügen an der von *Michel Foucault* konzipierten Diskurstheorie und -analyse, welche er insbesondere in den Werken *Die Archäologie des Wissens* und *Die Ordnung des Diskurses* entwickelt hat.¹ Die Diskurstheorie wurde in zahlreichen wissenschaftlichen Disziplinen aufgegriffen und weiterentwickelt, ohne dass sich indes eine Standardvorgehensweise etabliert hat.² Vielmehr erweist sich die Analysemethode als ein wandlungsfähiges Werkzeug, welches zur Behandlung verschiedenster Untersuchungsgegenstände aufgegriffen und angepasst werden kann.

Die Diskurstheorie basiert auf der Prämisse, dass eine einzelne Aussage nie aus sich heraus verständlich wird, sondern erst durch ihre Einordnung in eine diskursive Formation.³ *Foucault* hat die Diskursanalyse zur methodischen Untersuchung von Wahrheitsdiskursen entwickelt. Hinter dem Begriff der Wahrheit verbirgt sich nach

¹ *Foucault*, *Die Ordnung des Diskurses*, 1993; *ders.*, *Die Archäologie des Wissens*, 7. Aufl., 1995.

² In den Sozialwissenschaften: *Bührmann/Diaz-Bone/u. a.* (Hrsg.), *Diskursanalyse in den Sozialwissenschaften*, 2008; in der Politikwissenschaft: *Kerchner/Schneider* (Hrsg.), *Foucault: Diskursanalyse der Politik: eine Einführung*, 2006; in der Rechtswissenschaft: *Voithofer*, *Frau & Mann im Recht*, 2013, S. 69 ff.

³ *Foucault*, *Die Archäologie des Wissens*, 7. Aufl., 1995, S. 48 ff.

seinem Verständnis kein universalistisches Absolutem im Sinne einer Wahrheit *par excellence*. Im Zentrum steht vielmehr die Ermittlung dessen, was zu einer bestimmten Zeit als das „Wahre“ anerkannt wird. Eine Wahrheit im Sinne von *Foucault* existiert somit stets in einem Spannungsfeld aus Machtbeziehungen, welche die Entstehung und Manifestation von Wahrheitsregimen bewirken.⁴ Die Diskursanalyse präsentiert sich als eine spezifische Vorgehensweise, „Methoden, Theorien und Gegenstände in Beziehung zu setzen“⁵ und die Entwicklung von bestimmten Themen sowie ihrer Konstruktion und Wahrnehmung nachzuvollziehen.⁶ Sie eröffnet die Möglichkeit, Vorstellung und Wahrheit, Fiktion und Realität als eng miteinander verwoben zu konzipieren.⁷

Ausgehend von diesen Überlegungen wird der Begriff des Diskurses in der folgenden Analyse verstanden als die Art und Weise, wie der Topos der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken innerhalb des Systems der Vereinten Nationen gedeutet, formiert und artikuliert wird. Die Untersuchung soll den folgenden Fragen nachgehen: Wann, wie und warum wurde die Idee der schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken zu einem bestimmten Zeitpunkt innerhalb der Vereinten Nationen thematisiert? Wie wurde sie gedeutet, modifiziert und adaptiert? Welche Legitimationsstrategien wurden verfolgt? Welche verwandten bzw. benachbarten Diskurse wurden integriert? Die Untersuchung verfolgt damit neben dem generellen Ziel, einen umfassenden Überblick über die thematische Entwicklung des Konzepts innerhalb des Systems der Vereinten Nationen zu geben, die Intention, den Spezialdiskurs zu schädlichen traditionellen und kulturellen Praktiken zu rekonstruieren und Entwicklungslinien sowie Brüche aufzuzeigen. Dazu soll zunächst eine chronologische Aufarbeitung des Prozesses unternommen werden, die einen Bogen von den Gründungsjahren der Vereinten Nationen bis hin zu den jüngsten Entwicklungen einschließlich der nachhaltigen Entwicklungsziele spannt. Im Anschluss daran soll das Konzept im Rahmen einer kritischen Auswertung und Würdigung diskursiv eingeordnet werden.

B. Aufkommen des Begriffs und frühe Entwicklung: 1952 bis 1979

1. Erste Auseinandersetzungen mit der Problematik

Die Problematik der schädlichen traditionellen Praktiken wurde von den Vereinten Nationen erstmalig in den fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts thematisiert. Verschiedene Kolonialverwalter hatten von besorgniserregenden Praktiken berichtet, mit denen sie in den ihnen untergeordneten Territorien in Berührung

⁴Vgl. z. B. *Foucault*, *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit I*, 8. Aufl., 1995, S. 19 ff.

⁵*Schweitzer*, *Diskursanalyse, Wahrheit und Recht: Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 35 (2015), S. 202.

⁶*Baer*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., 2017, S. 277.

⁷*Bruns*, *Wissen – Macht – Subjekt(e). Dimensionen historischer Diskursanalyse am Beispiel des Männerbunddiskurses im Wilhelminischen Kaiserreich*, *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 16 (2005), S. 106.

gekommen waren – insbesondere der weiblichen Genitalverstümmelung. Im Jahre 1952 wurde der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (ECOSOC) von der Kommission zum Status der Frau (CSW) aufgefordert, zu der Frage Stellung zu nehmen. In der folgenden Resolution rief der Wirtschafts- und Sozialrat alle Mitgliedsstaaten dazu auf,

„[to] immediately [take] all necessary measures with a view to abolishing progressively in the countries and territories under their administration all customs which violate the physical integrity of women, and which thereby violate the dignity and worth of the human person“.⁸

Die Resolution des Wirtschafts- und Sozialrats zog eine intensive Debatte nach sich, welche sich im Kontext des damals vorherrschenden Kulturrelativismus jedoch vorrangig auf die Frage konzentrierte, ob die Vereinten Nationen zu einer Auseinandersetzung mit schädlichen traditionellen Praktiken überhaupt befugt seien.⁹ Im Jahr 1958 forderte der Wirtschafts- und Sozialrat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) dazu auf, eine Studie zu rituellen Operationen an Mädchen zu erstellen und die Ergebnisse an die Kommission zum Status der Frau weiterzuleiten. Diese Vorgehensweise wurde von der WHO jedoch abgelehnt mit der Begründung, dass „the rituals in question were based on social and cultural notions, the study of which was outside the competence of WHO“.¹⁰ Diese Argumentation stand ganz im Lichte des herrschenden kulturrelativistischen Zeitgeists und des starken Bekenntnisses zum Recht auf kulturelle Selbstbestimmung, wie es auch jeweils in Art. 1 Abs. 1 der beiden UN-Menschenrechtspakte aus dem Jahr 1966 zum Ausdruck kommt.

Eine Ausnahme von dieser Position der Nichteinmischung lässt sich indes im Hinblick auf bestimmte traditionelle Heiratspraktiken feststellen. So äußerte die UN-Generalversammlung in einer Resolution aus dem Jahr 1954 die Besorgnis, dass

„in certain areas of the world, women are subject to customs, ancient laws and practices relating to marriage and the family which are inconsistent with these principles [of the Universal Declaration of Human Rights]“ [Einschub d. d. Verfasserin],¹¹

und rief alle Mitgliedsstaaten, einschließlich der Staaten, die für die Verwaltung von Gebieten ohne Selbstregierung und von Treuhandsgebieten verantwortlich waren, dazu auf,

„to take all appropriate measures in the countries and territories under their jurisdiction with a view to abolishing such customs, ancient laws and practices by *ensuring complete freedom in the choice of a spouse; abolishing the practice of the bride-price; guaranteeing the right of widows to the custody of their children and their freedom as to remarriage; eliminating completely child marriages and the betrothal of young girls before the age of puberty* and establishing appropriate penalties where necessary [...]“.¹²

⁸ UN-Wirtschafts- und Sozialrat, E/RES/445 C (XIV), 28.05.1952.

⁹ Vgl. z. B. Löprick, Die Bekämpfung der Genitalverstümmelung an Mädchen, in: von Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und die Entwicklung der Rechte des Kindes, 2004, S. 288.

¹⁰ UN-Unterkommission zur Verhinderung von Diskriminierung und für Minderheitenschutz, Specific Human Rights Issues Women And Human Rights: Ninth report and final report on the situation regarding the elimination of traditional practices affecting the health of women and the girl child, prepared by Ms. Halima Embarek Warzazi, E/CN.4/Sub.2/2005/36, 11.07.2005, Abs. 13.

¹¹ UN-Generalversammlung, Resolution on the Status of women in private law: customs, ancient laws and practices affecting the human dignity of women, A/RES/843(IX), 17.12.1954, Präambel, Abs. 2.

¹² *Ibid.*, Abs. 1.