

zeitschrift für menschenrechte

JOURNAL FOR HUMAN RIGHTS

Menschenrechtsabkommen

Jahrgang 11
2017
Nr. 1

Thema

Markus Krajewski: Schmückendes Beiwerk oder echte Ergänzung?
Zur Wirkung der Menschenrechte im innerstaatlichen Recht

Eibe Riedel: „Best of UN“ – Narrationen aus dem UN-Ausschuss für
wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Elisabeth Greif: Die Convention on the Elimination of All Forms of
Discrimination Against Women (CEDAW) – Ein dynamisches Instrument
zum Schutz der Menschenrechte (nur?) von Frauen

Heiner Bielefeldt: Inklusion als Menschenrechtsprinzip. Grundsätzliche
Überlegungen aus gegebenem Anlass

Ingrid Leijten: Indivisible Human Rights and Core Social Rights
Protection under the European Convention on Human Rights

Samuel Moyn: Menschenrechte in der Geschichte

Hintergrund

Forum

Tour d'Horizon

zfmr



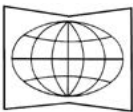
**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

zeitschrift für
menschenrechte
journal for
human rights

Menschenrechts- abkommen

Mit Beiträgen von
Heiner Bielefeldt
Andreas Cassee
Elisabeth Greif
Morten Kjaerum
Markus Krajewski
Michael Krennerich
Ingrid Leijten
Anna Lübbe
Samuel Moyn
Eibe Riedel
Alexander Somek

**zfmr herausgegeben von
Michael Krennerich (leitend),
Tessa Debus, Elisabeth Holzleithner,
Regina Kreide und Arnd Pollmann**



WOCHENSCHAU VERLAG

IMPRESSUM

zeitschrift für menschenrechte journal for human rights

Herausgeber: Tessa Debus (*Wochenschau Verlag*)
Elisabeth Holzleithner (*Universität Wien*)
Regina Kreide (*Justus-Liebig-Universität Gießen*)
Michael Krennerich (*Nürnberger Menschenrechtszentrum sowie
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*)
Arnd Pollmann (*Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg*)

Rubrik Buchbesprechungen: Anna Goppel (*Univ. Zürich*) und Henning Hahn (*Univ. Kassel*)

Wissenschaftlicher Beirat: Zehra Arat (*Univ. of Connecticut, Storrs, CT*); Seyla Benhabib (*Yale Univ.*); Samantha Besson (*Univ. de Fribourg*); Heiner Bielefeldt (*Friedrich-Alexander-
Univ. Erlangen-Nürnberg*); Marianne Braig (*Freie Univ. Berlin*); Rainer Forst (*Johann Wolfgang
Goethe-Univ. Frankfurt/M.*); Karl-Peter Fritzsche (*Otto-von-Guericke-Univ. Magdeburg*);
Brigitte Hamm (*Inst. für Entwicklung und Frieden, Duisburg*); Rainer Huhle (*Nürnberger
Menschenrechtszentrum*); Georg Lohmann (*Otto-von-Guericke-Univ. Magdeburg*); Anja Mihr
(*Humboldt-Viadrina Governance Center Berlin*); Rainer Schmalz-Bruns (*Leibniz Univ.
Hannover*); Susanne Zwingel (*Florida International University, Miami, FL*)

**Redaktions-
anschrift:** Redaktion zeitschrift für menschenrechte, c/o Nürnberger Menschenrechts-
zentrum, Hans-Sachs-Platz 2, 90403 Nürnberg, zfmr@menschenrechte.org

Reviewverfahren: Die eingereichten Beiträge durchlaufen ein Reviewverfahren.

Bezugsbedingungen: Es erscheinen zwei Hefte pro Jahr. Preise: Einzelheft € 24,90; Jahresabopreis € 38,-; Sonderpreis für Referendare/Studierende (gegen Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung): Jahresabo: € 19,-; alle Preise zzgl. Versandkosten. Kündigung: Acht Wochen (bis 31.10.) vor Jahresschluss. Bankverbindung: Volksbank Weinheim, IBAN DE59 6709 2300 0001 2709 07, BIC GENODE61WNM. Zahlungsweise: Lieferung gegen Rechnung oder Lastschrift; gewünschte Zahlungsweise angeben.

Erscheint im Wochenschau Verlag, Dr. Kurt Debus GmbH, Verleger: Bernward Debus, Dr. Tessa Debus, Geschäftsführung: Bernward Debus, Dr. Tessa Debus, Silke Schneider

© Wochenschau Verlag, Dr. Kurt Debus GmbH

Anzeigenleitung: Brigitte Bell, E-Mail: brigitte.bell@wochenschau-verlag.de, Tel. 06201/340279, Fax: 06201/182599

ISSN 1864-6492

Digitale Ausgabe: ISBN 978-3-7344-0579-2

www.zeitschriftfuermenschenrechte.de

The journal is available at EBSCO.



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

Wochenschau Verlag • Adolf-Damaschke-
Straße 10 • 65824 Schwalbach/Ts.
Tel: 06196/86065 • Fax: 06196/86060
info@wochenschau-verlag.de
www.wochenschau-verlag.de

INHALT

Editorial	5
-----------------	---

Menschenrechtsabkommen

Markus Krajewski: Schmückendes Beiwerk oder echte Ergänzung? Zur Wirkung der Menschenrechte im innerstaatlichen Recht	8
Eibe Riedel: „Best of UN“ – Narrationen aus dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	24
Elisabeth Greif: Die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) – Ein dynamisches Instrument zum Schutz der Menschenrechte (nur?) von Frauen	42
Heiner Bielefeldt: Inklusion als Menschenrechtsprinzip. Grundsätzliche Überlegungen aus gebotenem Anlass	60
Ingrid Leijten: Indivisible Human Rights and Core Social Rights Protection under the European Convention on Human Rights	74
Samuel Moyn: Menschenrechte in der Geschichte	92

Hintergrund

Michael Krennerich: Das Wahlrecht als Bürger- und Menschenrecht – Standards und Eigenarten	107
Anna Lübke: Flüchtlingspolitik in der Krise: Unilaterale und kooperative Obergrenzen	132

Forum

Andreas Cassee: Für offene Grenzen	146
Alexander Somek: Für offene Fragen. Ein Kommentar zu Cassee	154

Tour d’Horizon

Morten Kjaerum: Human Rights Politics in Times of Confusion. How to Move Forward	158
---	-----

Buchbesprechungen

Andreas Cassee: Globale Bewegungsfreiheit. Ein philosophisches Plädoyer für offene Grenzen (von Oliviero Angeli)	166
Joseph H. Carens: The Ethics of Immigration (von Jan Brezger)	168
Sarah Fine/Lea Ypi (eds.): Migration in Political Theory. The Ethics of Movement and Membership (von Andreas Cassee)	172
Oliviero Angeli: Cosmopolitanism, Self-Determination and Territory. Justice with Borders (von Frank Dietrich)	176
Alex Sager (ed.): The Ethics and Politics of Immigration. Core Issues and Emerging Trends (von Zoë von Dohnányi)	179
David Miller: Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration (von Claus Langbehn)	183
Abstracts	187
Autorinnen und Autoren	191

EDITORIAL

Menschenrechtsabkommen

Das allgemeine Ziel, die Achtung der Menschenrechte zu fördern und zu festigen, ist bereits in der UN-Charta von 1945 niedergelegt. Diesem Ziel dienen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948 sowie die darauf aufbauenden Kernabkommen des internationalen Menschenrechtsschutzes der Vereinten Nationen. Die allermeisten Rechte der AEMR – eigentlich besser übersetzt als „Universelle Erklärung der Menschenrechte“ – wurden 1966 in zwei völkerrechtliche Verträge überführt, den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die beide 1976 in Kraft traten. Sie wurden im Laufe der Zeit durch weitere internationale Abkommen ergänzt. Diese Abkommen konkretisierten und erweiterten die bereits zuvor verankerten Menschenrechte aus der spezifischen Sicht bestimmter Bevölkerungsgruppen (Frauen, Kinder, Wanderarbeitnehmer*innen und ihre Familien, Menschen mit Behinderung) oder fokussierten besondere menschenrechtliche Probleme (Rassismus, Folter, „Verschwindenlassen“).

Internationale Menschenrechtsabkommen sind „living instruments“. Die Auslegung der rechtlich verankerten Menschenrechte ist nicht starr. Viele völkerrechtliche und politische Debatten kreisen um eine zeitgemäße Auslegung bestehender Rechte. Auch das Verständnis davon, wer Träger der Menschenrechte ist und wen die Menschenrechte auf welche Weise verpflichten, ist Veränderungen unterworfen. Zugleich kann der „Katalog“ der Menschenrechte im Rahmen weiterer Abkommen verändert und erweitert werden. Die historische Entwicklungs Offenheit der Menschenrechte bedeutet allerdings nicht Beliebigkeit: Die Festschreibung neuer und die Neu-Interpretation bestehender Menschenrechte sind zwar notwendig, um „neuen“ Unrechtserfahrungen und veränderten Lebensbedingungen Rechnung zu tragen, doch sind sie stets darauf hin zu prüfen, ob und inwiefern sie sich in das systematische Gefüge des Menschenrechtsschutzes einbetten lassen.

Zugleich sind Menschenrechte aber auch nicht vor Rückschritten gefeit. Im Namen der Terrorismusbekämpfung, der nationalen Sicherheit und der inneren Ordnung haben etliche – nicht nur autokratisch regierte – Staaten die Menschenrechte einge-

schränkt, oft mit zweifelhaften Gründen und unter Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Der Interpretation der – im juristischen Sprachgebrauch – „Schranken“ und „Schranken-Schranken“ der Menschenrechte kommt damit auch für die politische Praxis große Bedeutung zu. Zugleich pochen viele Regierungen inzwischen wieder auf ihre nationale Souveränität und verbitten sich eine „Einmischung“ von außen. Darunter fallen nicht nur Autokraten etwa in Russland, der Türkei und China, sondern beispielsweise auch die rechts-nationalistischen Regierungen in Polen und Ungarn, die in ihren Ländern demokratische Errungenschaften abbauen. Selbst etablierte Demokratien wie Großbritannien und Indien tun sich schwer mit menschenrechtlicher Kritik (im Falle der Briten etwa jene durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte). Besonders dramatisch ist es, wenn die – für den transnationalen Menschenrechtsschutz so wichtige – Verbindung zwischen den Menschenrechtsaktivist*innen vor Ort und der internationalen Menschenrechtscommunity zu kappen versucht wird; wie dies weltweit in einer wachsenden Zahl an Ländern mittels NGO- und anderen Gesetzen geschieht.

Das vorliegende Heft beschäftigt sich in seinem Schwerpunkt-Teil mit der Bedeutung und Dynamik einiger ausgewählter internationaler Menschenrechtsverträge. Nach einer Einführung von *Markus Krajewski*, wie solche Abkommen im deutschen Recht Wirkkraft entfalten, widmet sich der Beitrag von *Eibe Riedel* der Rechtsgeltung der Menschenrechtsnormen des UN-Sozialpaktes. *Elisabeth Greif* stellt die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) vor und fragt danach, inwieweit diese ein dynamisches Instrument zum Schutz von Frauen und darüber hinaus ist. *Heiner Bielefeldt* sieht in der Verabschiedung der Behindertenrechtskonvention (BRK) einen der wichtigsten menschenrechtspolitischen Durchbrüche der letzten Jahre; die BRK entwickle die tragenden Prinzipien des Menschenrechtsansatzes kreativ weiter. *Ingrid Leijten* fragt danach, inwieweit die wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte auf Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützt werden können und entwickelt dazu erfrischende rechtsdogmatische Überlegungen. Den Themenschwerpunkt beschließt ein Beitrag von *Samuel Moyn*. Er beschäftigt sich mit der jüngeren Geschichte der Menschenrechte, wobei er u. a. die – ungewöhnliche – These aufstellt, dass eigentlich erst US-Präsident Jimmy Carter die Menschenrechte aufs „Tapet“ brachte.

Der Hintergrundteil umfasst zwei Beiträge: *Michael Krennerich* zeigt im internationalen Vergleich Standards und Kuriositäten des – auch in internationalen Menschenrechtsabkommen verankerten – allgemeinen Wahlrechts auf. *Anna Lübke* behandelt die Krise der europäischen Flüchtlingspolitik und diskutiert Strategien zu deren

Überwindung. Der Forumsteil dieser Ausgabe steht im Zeichen der philosophischen Migrationsdebatte. Auf das Plädoyer von *Andreas Cassee* für offene Grenzen folgt eine Replik von *Alexander Somek*. Der Rezensionsteil knüpft an diese Thematik an. In der Tour d’horizon benennt *Morten Kjaerum* menschenrechtspolitische Herausforderungen in Zeiten der Verwirrung.

Der Herausgeberkreis dankt allen Autorinnen und Autoren für Ihre Mühe und die gelungene Zusammenarbeit – und wünscht den Leserinnen und Lesern eine aufschlussreiche Lektüre.

Markus Krajewski

Schmückendes Beiwerk oder echte Ergänzung? Zur Wirkung der Menschenrechte im innerstaatlichen Recht

1. Ausgangslage

Die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartei nahezu aller wichtigen internationalen Menschenrechtsübereinkommen. Neben den beiden Internationalen Pakten von 1966 hat sie alle weiteren spezifischen UN-Menschenrechtsübereinkommen mit Ausnahme der Wanderarbeitnehmerkonvention ratifiziert. Sie ist zudem Vertragspartei der meisten Zusatzprotokolle. Lediglich das Zusatzprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, das u. a. Individualbeschwerden ermöglicht, wurde nicht unterzeichnet. Mit immerhin 16 von insgesamt 18 zentralen Menschenrechtsübereinkommen gehört Deutschland damit zur Gruppe der 40 „Spitzenreiter“, d. h. der Staaten, die mehr als 15 Verträge ratifiziert haben (OHCHR 2017). Ein ähnliches Bild zeigt sich mit Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1948 und die meisten ihrer Zusatzprotokolle sowie die Europäische Sozialcharta, zumindest in ihrer Fassung von 1961. Zwar besteht weiterhin Verbesserungsbedarf, aber der Bestand des geltenden völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes darf insgesamt als gut bezeichnet werden.

Das gilt auch, wenn man die einschlägigen Vorbehalte Deutschlands zu den jeweiligen Übereinkommen und Protokollen betrachtet. Nachdem die notorischen Vorbehalte zur Kinderrechtskonvention im Jahre 2010 zurückgezogen wurden (Krappmann 2010), besteht derzeit noch ein relevanter Vorbehalt: Die Bundesrepublik schließt die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses zur Prüfung von Individualbeschwerden mit Blick auf den allgemeinen Gleichbehandlungssatz gem. Art. 26 des Zivilpakts aus (Schäfer 2007: 88).

Ist damit das geltende Recht beschrieben, stellt sich im Folgenden jedoch die Frage, welche Wirkung die Menschenrechte in der tatsächlichen Rechtspraxis haben: Prägen sie die Rechtswirklichkeit in spürbarer Weise oder sind sie eher nur ein schmückendes Beiwerk? Zur Beantwortung dieser Frage wird in diesem Beitrag untersucht, welche Rolle völkerrechtliche Menschenrechte in der Praxis der deutschen Gerichte spielen. Dabei wird nicht nur die bloße Inbezugnahme der entsprechenden Übereinkommen

vermessen, sondern auch erörtert, welche Funktion der Rückgriff darauf in der jeweiligen Gerichtsentscheidung hat. Es wird insbesondere untersucht, ob die menschenrechtliche Argumentation des Gerichts ein auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts bereits gefundenes Ergebnis bestätigt oder ob auch Ergebnisse zu finden sind, die ohne Rückgriff auf die Menschenrechte so nicht gefunden worden wären.

Zusätzlich soll untersucht werden, ob die Gerichte die jeweiligen Menschenrechtsübereinkommen völkerrechtsdogmatisch zutreffend anwenden oder von unzutreffenden Prämissen sowie Fehlvorstellungen ausgehen. In diesem Kontext ist von Interesse, ob und in welcher Weise die Gerichte sich auch von der Praxis der Vertragsorgane, insbesondere des Menschenrechtsausschusses und des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte leiten lassen.

2. Grundlagen zur Wirkung der Menschenrechte im innerstaatlichen Recht

Bevor die Rezeption der Menschenrechtsübereinkommen in der Gerichtspraxis genauer untersucht wird, sind zunächst in der gebotenen Kürze die wesentlichen Grundlagen zur Wirkung der internationalen Menschenrechte im innerstaatlichen Recht zu skizzieren. Die deutsche Rechtsordnung wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit geprägt (Frau 2015: 24). Er verpflichtet die öffentliche Gewalt dazu, ein Auseinanderfallen von völkerrechtlicher und innerstaatlicher Rechtslage zu verhindern. Praktisch folgt daraus vor allem die völkerrechtsfreundliche Auslegung des innerstaatlichen Rechts. Damit ist die Frage nach der formalen Einbeziehung und Geltung eines menschenrechtlichen Übereinkommens im deutschen Recht aber noch nicht beantwortet.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die Feststellung, dass die Menschenrechte überwiegend auf völkerrechtlichen Verträgen beruhen. Daher erfolgt ihre Einbeziehung in das innerstaatliche Recht auf der Grundlage des Zustimmungsgesetzes zum jeweiligen Übereinkommen gem. Art. 59 Abs. 2 GG (Peters/Altwicker 2012: 3). Diesem Zustimmungsgesetz kommt eine Doppelfunktion zu: Es erteilt zum einen die innerstaatliche Zustimmung zum völkerrechtlichen Abschluss des Vertrages und begründet zum anderen die Einbeziehung des Vertrages in die innerstaatliche Rechtsordnung (Krajewski 2017: 110; Schweitzer/Dederer 2016: 236 f.). Nach der herrschenden Lehre vom Vollzugsbefehl erteilt das Gesetz einen innerstaatlichen Vollzugs- oder Anwendungsbefehl für den Vertrag. Hieraus ergibt sich, dass der Vertrag weiter als Völkerrecht gilt (Geiger 2013: 170). Das Zustimmungsgesetz bestimmt auch

den Rang des völkerrechtlichen Vertrages in der innerstaatlichen Rechtsordnung. Völkerrechtliche Verträge, die wie alle Menschenrechtsübereinkommen durch formelles Bundesgesetz in die innerstaatliche Rechtsordnung einbezogen wurden, gelten auf der Ebene eines einfachen Bundesgesetzes (Geiger 2013: 168; Schweitzer/Dederer 2016: 237). Sie stehen damit im Rang unter dem Grundgesetz, aber über Bundesrechtsverordnungen und Landesrecht.

Die Gleichrangigkeit eines völkerrechtlichen Vertrages mit anderen Bundesgesetzen führt dazu, dass ein Konflikt zwischen Vertrag und Gesetz nicht nach einfachen Vorrangregeln aufgelöst werden kann. Insbesondere gilt bei entgegenstehenden Gesetzen kein automatischer Vorrang des völkerrechtlichen Vertrages. Das Menschenrechtsübereinkommen setzt sich damit innerstaatlich nicht automatisch gegenüber einem entgegenstehenden Bundesgesetz durch. Vielmehr kann der Bundesgesetzgeber durch ein späteres Gesetz (sog. *lex posterior*) die Wirkung des völkerrechtlichen Vertrages sogar wieder beseitigen. Diese Praxis des „*Treaty Override*“ hat das Bundesverfassungsgericht für ein bilaterales Doppelbesteuerungsabkommen ausdrücklich für verfassungskonform gehalten (kritisch dazu Payandeh 2016).¹

Dagegen werden Menschenrechte, die als Völkergewohnheitsrecht gelten, als „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ gem. Art. 25 GG in das innerstaatliche Recht einbezogen. Gewohnheitsrechtlich gilt z. B. der Kernbestand der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 (Banafsche 2015: 61). Als allgemeine Regeln des Völkerrechts gehen diese einfachen Bundesgesetzen vor, stehen jedoch im Rang unter dem Grundgesetz. Gesetze, die gegen gewohnheitsrechtlich geltende Menschenrechte verstoßen, sind damit ohne Weiteres nichtig.

Eine Sonderstellung nimmt in diesem Gefüge die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ein. Auch wenn sie formal als völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 59 Abs. 2 GG nur im Rang eines einfachen Bundesgesetzes gilt, verleiht das Bundesverfassungsgericht der EMRK faktisch einen höheren Rang, da es die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der EMRK auslegt und dabei auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) heranzieht. Eine Verletzung der EMRK, insbesondere auch durch die Nichtberücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, kann sogar mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden, sodass innerstaatliche Gesetze jedenfalls insoweit auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK geprüft werden können, als die Grundrechte im Lichte der entsprechenden Rechte der EMRK ausgelegt werden (Griebel 2014: 207).

1 Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 15.12.2015, Az. 2 BvL 1/12 = BVerfGE 141, 1.

Zusätzlich zur Rangfrage stellt sich auch die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Menschenrechte. Hierunter wird die Eigenschaft einer Völkerrechtsnorm verstanden, von einem Individuum vor Gericht geltend gemacht werden zu können. Allgemein sind das nur Normen, die hinreichend klar und unbedingt sind. Hinreichende Klarheit bedeutet, dass die Norm mit den Mitteln juristischer Subsumtion auf einen Fall so angewendet werden kann, dass sich daraus eine Rechtsfolge ableiten lässt. Unbedingtheit bedeutet, dass für die Anwendung der Norm nach dem Willen der Vertragsparteien kein weiterer Umsetzungsakt erforderlich ist. Während dies für bürgerliche und politische Menschenrechte grundsätzlich unbestritten ist (für die EMRK Peters/Altwickler 2012: 4), wird die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte nach wie vor teilweise in Zweifel gezogen und darauf abgestellt, dass diese ihrem Wesen nach stets staatliche Umsetzungsakte erforderlich machten, die nicht einklagbar seien (Buergethal/Thürer 2010: 355). Inzwischen setzt sich jedoch zunehmend die Erkenntnis durch, dass die unmittelbare Anwendbarkeit von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten ebenfalls grundsätzlich möglich ist (Krennerich 2013: 116 ff; Saul/Kinley/Mowbray 2014: 164 ff.). Die Einführung eines Individualbeschwerdemechanismus durch das Zusatzprotokoll zum UN-Sozialpakt wäre anders nicht denkbar (ähnlich Kaltenborn 2015: 8).

3. Tatsächlicher Befund in der Rechtsprechung

Betrachtet man die tatsächliche Relevanz der einschlägigen von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten Menschenrechtsübereinkommen, lassen sich einige Trends in den letzten Jahren erkennen. Zunächst ist festzuhalten, dass alle UN-Menschenrechtsübereinkommen in der Rechtsprechung wahrgenommen und rezipiert werden. Das gilt sowohl für die beiden Internationalen Menschenrechtspakte von 1966 als auch für die spezifischen Übereinkommen wie die Antifraudendiskriminierungskonvention (CEDAW), die Antirassismuskonvention (CERD), die Antifolterkonvention (CAT), die Kinderrechtskonvention (CRC) und die Behindertenrechtskonvention (CRPD).² Eine Textanalyse der jeweiligen gerichtlichen Entscheidungen zeigt auch, dass die Abkommen nicht nur von den Gerichten selbst, sondern – oft sogar häufiger

² Zu den beiden Pakten, der Kinderrechts- und der der Behindertenrechtskonvention siehe Schaubild 1 im Anhang. Siehe auch Bundesarbeitsgericht, Urteil v. 27.1.2011, Az. 6 AZR 526/09, BAGE 137, 80, Rn. 22 f (zu Art. 11 CEDAW); Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil v. 24.11.2011, Az. 4 N 11.1412 = BayVBl 2012, 303, Rn. 4f. (zu Art. 1 CERD) und Bundesgerichtshof, Beschluss v. 14.9.2010, Az. 3 StR 573/09 = BGHSt 55, 314, Rn.13 (zu Art. 15 CAT).

– von den beteiligten Prozessparteien, zumeist dem Kläger genutzt und so in den Prozess eingebracht werden.

Erkennbar ist weiterhin, dass die Wahrnehmung der Übereinkommen in den letzten zehn Jahren insgesamt zugenommen hat. Allerdings zeigt sich, dass diese Zunahme vor allem auf die gestiegene Bedeutung der Behindertenrechtskonvention und der Kinderrechtskonvention, insbesondere nach Rücknahme der entsprechenden Vorbehalte, zurückzuführen ist. Die Bedeutung der UN-Pakte hat in der Rechtsprechung in den vergangenen knapp 20 Jahren insgesamt nicht überdurchschnittlich zugenommen (siehe Schaubild 1 im Anhang).

Eine bemerkenswerte Ausnahme bildeten lediglich zahlreiche Urteile bezüglich des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt), die zwischen 2006 und 2010 zur Rechtmäßigkeit von Studiengebühren ergingen. Die Kläger hatten sich überwiegend auch auf Art. 13 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte berufen und argumentiert, dass dieser einer Einführung von Studiengebühren bei einem zuvor gebührenfreien Studium entgegenstehe. Bevor das Bundesverwaltungsgericht diese Sicht in letzter Instanz ablehnte, hatten sich mehrere Verwaltungsgerichte mit dieser Frage auseinandergesetzt, was den erheblichen Anstieg der Erwähnung des Sozialpakts zwischen 2006 und 2010 erklärt.

Anders als die UN-Menschenrechtspakte wird die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) seit 1990 in deutlich zunehmendem Maße von der Rechtsprechung wahrgenommen (siehe Schaubild 2). Die weitgehende Parallelität der in der EMRK und im Zivilpakt geschützten Rechte einerseits und die Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) andererseits, der verbindlich und strukturell mit dem Bundesverfassungsgericht vergleichbar Recht spricht, dürfte erklären, warum der Zivilpakt in der Bedeutung weit hinter der EMRK zurückfällt.

Bemerkenswert ist weiterhin, dass die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Sozialgerichte erheblich an Bedeutung zugenommen hat. Bereits unmittelbar nach Inkrafttreten der Konvention am 26. März 2009 finden sich die ersten Erwähnungen der BRK in Urteilen deutscher Gerichte. Dies ist vor allem auf Rechtsstreitigkeiten über Inhalt und Umfang des in der Behindertenrechtskonvention geschützten Rechts auf inklusive Bildung und den sich daraus ggf. ergebenden Ansprüchen zurückzuführen. Allerdings zeigt sich, dass in jüngster Zeit auch in anderen Themenfeldern, insbesondere im Sozialrecht, die Bezüge zur Behindertenrechtskonvention zunehmen.

Zu beobachten ist schließlich, dass die Gerichte verstärkt auch die Praxis der zur Überwachung der Konventionen eingesetzten besonderen Vertragsausschüsse (*Treaty Bodies*) wahrnehmen. Dabei werden sowohl die Allgemeinen Bemerkungen (*General Comments*)³ als auch die Abschließenden Bemerkungen (*Concluding Observations*)⁴ und – soweit vorhanden – Entscheidungen in Individualbeschwerdeverfahren⁵ zur Kenntnis genommen.

4. Analyse und Bewertung der Berücksichtigung von Menschenrechten in der Rechtsprechung

4.1 AFFIRMATIVE INBEZUGNAHME

Untersucht man die Funktion der Einbeziehung von Menschenrechten bei der gerichtlichen Entscheidungsfindung genauer, stellt man fest, dass in der Mehrzahl der Fälle die Analyse des einschlägigen Menschenrechts herangezogen wird, um ein bereits aus dem einfachen Recht oder dem Verfassungsrecht abgeleitetes Ergebnis zu bestätigen. Das kann sowohl bei stattgebenden als auch bei ablehnenden Entscheidungen der Fall sein. Das jeweils geltende Menschenrecht wird also affirmativ in Bezug auf das innerstaatliche Recht verwendet. So stellte das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 18. Juli 2012 zum Asylbewerberleistungsgesetz fest, dass sich die Pflicht des Gesetzgebers, die Leistungen für Asylbewerber am Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewähren, nicht nur aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 GG, sondern auch aus dem UN-Sozialpakt ableiten lasse:

„Im Übrigen ist der Gesetzgeber durch weitere Vorgaben verpflichtet, die sich aus dem Recht der Europäischen Union und aus völkerrechtlichen Verpflichtungen ergeben. (...). Zu den Regeln über das Existenzminimum, die in Deutschland gelten, gehört auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (...), dem der Deutsche Bundestag mit Gesetz vom 23. November 1973 (...) zugestimmt hat. Der Pakt statuiert in Art. 9 ein Recht auf Soziale Sicherheit und in Art. 15 Abs. 1 Buchstabe a das Menschenrecht auf Teilnahme am kulturellen Leben.“⁶

3 Verwaltungsgericht Berlin, Urteil v. 3.11.2016, Az. 2 K 434.15, Rn. 44 (General Comment No. 34 des Menschenrechtsausschusses).

4 Oberlandesgericht Dresden, Beschl. v. 10.7.2014, Az. OLG Ausl 53/14 = NSStZ-RR 2015, 26, Rn. 28 (Abschließende Bemerkungen zu Argentinien).

5 Verwaltungsgericht Freiburg (BrsG.), Urteil v. 29.10.2015, Az. 6 K 2929/14, Rn. 44 (Entscheidung des Menschenrechtsausschusses vom 12.7.1978, Nr. 7992/77 – X. vs. United Kingdom).

6 Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 18.7.2012, Az. 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 = BVerfGE 132, 134, Rn. 68.

Das Asylbewerberleistungsgesetz ist eines der eher seltenen Urteile, in dem ein positiver Anspruch eines Klägers auch mit Menschenrechten begründet wurde. Öfter wird dagegen konstatiert, dass sich der einfach- oder verfassungsrechtlich nicht gegebene Anspruch auch nicht aus den Menschenrechten ableiten lasse. Auch in diesem Fall ist der Bezug auf Menschenrechte jedoch affirmativ.

Die Verwendung der Menschenrechte in diesem Sinne sollte nicht unterschätzt werden. Auch wenn ihre Anwendung im konkreten Fall keine Auswirkung auf das bereits gefundene Ergebnis hat, machen die Gerichte durch die affirmative Inbezugnahme deutlich, dass sie die entsprechenden Normen grundsätzlich für anwendbar und justiziabel halten. Damit werden sie Teil des Katalogs der für die Lösung konkreter Rechtsfälle bereitstehender Normen. Sie können also auch in Zukunft ebenfalls herangezogen werden. Die Affirmation führt zugleich zu einer normativen Vergewisserung und Bekräftigung der Menschenrechte als Teil des innerstaatlich relevanten Rechts.

4.2 GRUNDSÄTZLICHE ANERKENNUNG DER BEDEUTUNG DER VERTRAGSAUSSCHÜSSE

Wie bereits angedeutet, nehmen die deutschen Gerichte auch die Praxis der Vertragsausschüsse für die Auslegung der einschlägigen Abkommen zur Kenntnis. Überwiegend erfolgt dies aber noch nicht in methodisch und systematisch strukturierter Weise. Vielmehr scheinen die Gerichte die verschiedenen Ausschussdokumente eher punktuell zu zitieren, ohne sich mit dem Rechtscharakter des jeweiligen Ausschussinstruments auseinander zu setzen.

In der Literatur wurde bereits in der Vergangenheit angemahnt, die Entscheidungen der Ausschüsse, ähnlich wie die Urteile des EGMR, als relevante Auslegungshilfe oder Rechtserkenntnisquelle im innerstaatlichen Recht anzuerkennen (Weiß 2004: 155).

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in seinem Urteil vom 26. Juli 2016 ausführlich Stellung genommen. In der Sache ging es um die Schutzpflicht des Staates bezüglich medizinisch notwendiger Zwangsbehandlungen bei stationär behandelten Betreuten, die faktisch nicht in der Lage sind, sich räumlich zu entfernen. Nach dem seinerzeit geltenden Recht waren Konstellationen denkbar, in denen auch bei Gefahr schwerwiegender gesundheitlicher Beeinträchtigungen die entsprechende Behandlung unzulässig war, wenn der Betreute damit nicht einverstanden war. Das Bundesverfassungsgericht bejahte eine staatliche Schutzpflicht, nach der auch in diesen Fällen eine Behandlung möglich sein müsse und setzte sich dabei mit der Frage auseinander, ob

diese Sicht mit der UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar sei. In diesem Kontext verwies das Gericht auch auf die Bedeutung der Ausschüsse der Menschenrechtsüber-einkommen:

„Den Äußerungen des für die Abgabe solcher Stellungnahmen zuständigen Ausschusses zur Auslegung eines Menschenrechtsabkommens kommt erhebliches Gewicht zu, sie sind aber für internationale und nationale Gerichte nicht völkerrechtlich verbindlich.“⁷ Belegt wird diese Aussage mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des IGH und mehrerer ausländischer Verfassungs- bzw. Obergerichte.

Das Bundesverfassungsgericht hielt weiter fest, dass „dem Ausschuss in den Art. 34 ff. BRK kein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes übertragen worden [ist]. Bei der Vertragsauslegung sollte sich ein nationales Gericht aber mit den Auffassungen eines zuständigen internationalen Vertragsorgans in gutem Glauben argumentativ auseinandersetzen; es muss sie aber nicht übernehmen.“ Diese Aussage belegte das Bundesverfassungsgericht mit einem Hinweis auf seine eigene Rechtsprechung und zwar bemerkenswerterweise mit dem Grundlagenurteil in der Sache Görgülü zur Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für innerstaatliche Gerichte.⁸ Auch, wenn dieser Nachweis mit dem Zusatz „vgl. – allerdings für Entscheidungen internationaler Gerichte“ qualifiziert wurde, machte das Gericht hier deutlich, dass die Berücksichtigung der Ausschusspraxis und die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR strukturell vergleichbar sind. Die deutschen Gerichte sind somit gehalten, nicht nur die einschlägige Rechtsprechung des Straßburger Gerichts, sondern auch die Praxis der besonderen Vertragsausschüsse der globalen Menschenrechtsüber-einkommen zu berücksichtigen.

Allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht in den Äußerungen der Vertragsaus-schüsse keine verbindlichen Interpretationen der Konventionen. Diese Sicht ist zu pauschal. Richtig ist jedoch, dass die Entscheidungen der Ausschüsse über Individu-albeschwerdeverfahren nach herrschender Meinung nicht verbindlich sind (Schilling 2016: 375). Folgt man dieser Meinung, sind die innerstaatlichen Gerichte auch nicht verpflichtet, der Sicht des Ausschusses in einem gegen Deutschland entschiedenen Fall zu folgen. Dagegen können die in den Allgemeinen Bemerkungen zusammengefassten Rechtsauffassungen als Interpretation des jeweiligen Vertragstextes angesehen werden, denen eine hohe fachliche Autorität zukommt, da sie auf den Erfahrungen der Aus-schüsse mit den insoweit verbindlichen Staatenberichtsverfahren beruhen (Kälin/Künzli 2013: 251; Kaltenborn 2015: 31). Als solche sind sie dann auch von den in-

7 Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 26.7.2016, 1 BvL 8/15 = NJW 2017, 53, Rn. 90.

8 Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 14.10.2004, Az. 2 BvR 1481/04 = BVerfGE 111, 307.

nerstaatlichen Gerichten bei der Interpretation der jeweiligen Konvention heranzuziehen.

In jedem Fall bedarf es einer gründlichen Auseinandersetzung mit den Auffassungen der Ausschüsse. Diese hat „in gutem Glauben“ zu erfolgen. Auch wenn dieser Begriff rechtsdogmatisch deplatziert erscheint, ist damit wohl gemeint, dass die Gerichte in einem grundsätzlich ergebnisoffenen Prozess die Auffassungen der Ausschüsse in ihre Interpretationen und Abwägungen einbeziehen müssen. Dazu müssen sie vor allem die Auffassungen der Ausschüsse vollständig und wahrheitsgemäß wahrnehmen. Ob das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zu medizinisch notwendigen Zwangsbehandlungen bei stationär behandelten Betreuten hier mit gutem Beispiel vorangegangen ist, kann man jedoch bezweifeln (Uerpmann-Witzack 2016). Die Ausführungen des Gerichts zur Ausschusspraxis erscheinen zu pauschal und zu wenig an einer echten Auseinandersetzung interessiert.

4.3 ABLEHNUNG DER UNMITTELBAREN ANWENDBARKEIT SOZIALER MENSCHENRECHTE BEI MÖGLICHEM KONFLIKT MIT INNERSTAATLICHEM RECHT

Ihre besondere Bedeutung entfalten Menschenrechte jedoch nicht, wenn sie ein auf nationaler Ebene bereits gefundenes Ergebnis bestätigen, sondern wenn sie sich gegen nationales Recht durchsetzen. Beispiele hierfür finden sich in der Rechtsprechung zu den internationalen Menschenrechten jedoch soweit ersichtlich nicht. Bei vermeintlichem oder tatsächlichem Widerspruch der Menschenrechte zum einfachen Recht, berufen sich die Gerichte im Bereich sozialer Menschenrechte oft auf die mangelnde unmittelbare Anwendbarkeit dieser Menschenrechte. Auf diese Weise vermeiden es die Gerichte, sich inhaltlich mit dem entsprechenden Menschenrecht auseinanderzusetzen.

Dabei wird die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit oft nicht weiter untersucht. Pauschal sowie unter Außerachtlassung der einschlägigen Ausschusspraxis und der neueren Lehre wird auf die angebliche mangelnde Eignung sozialer Menschenrechte zur unmittelbaren Anwendbarkeit abgestellt. Ein typisches Beispiel findet sich in einem Urteil des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 2014 zur Zulässigkeit der Altershöchstgrenze bei der Krankenversicherung der Studenten. Der Kläger hatte sich u. a. auf das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu Hochschulen auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 2 des UN-Sozialpakts berufen und implizit eine Diskriminierung aus Altersgründen gerügt. Obwohl das Diskriminierungsverbot der sozialen Menschenrechte unmittelbare Anwendung entfalten kann (Saul/Kinley/Mowbray 2014: 213), lehnte

das Bundessozialgericht eine nähere Befassung mit dem Pakt ab und stellte lediglich fest: „Art. 13 WiSoKuPakt [eröffnet] keine unmittelbaren individuellen Ansprüche, sondern verpflichtet die Vertragsstaaten nur, Schritte zur Verwirklichung des Art. 13 WiSoKuPakt vorzunehmen.“⁹

4.4 VERBLEIBENDE FEHLEINSCHÄTZUNGEN

Gelegentlich finden sich in der Judikatur immer noch Ausführungen zum völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz, die von einigen völkerrechtsdogmatischen Missverständnissen und Fehleinschätzungen geprägt sind. Neben der bereits erwähnten Meinung, dass soziale Menschenrechte grundsätzlich keine individuellen Ansprüche entfalten (können), sind auch grundsätzliche Irrtümer festzustellen.

Beispielhaft sei ein Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 31. August 2007 zur völker- und europarechtlichen Bewertung der Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer genannt. Der Kläger hatte sich u. a. auf die in Art. 20 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) geschützte Vereinigungsfreiheit berufen, um die Rechtswidrigkeit der Pflichtmitgliedschaft zu belegen. Das Verwaltungsgericht setzte sich damit in der Sache nicht auseinander, sondern führte aus:

„Nach ganz herrschender Meinung besitzt die AEMR nicht den Charakter eines zwingenden Völkerrechtssatzes, sondern hat lediglich empfehlenden Charakter (...). Dies ist bereits der Präambel der AEMR zu entnehmen, die (lediglich) von dem „von allen Völkern und Nationen zu erreichende(n) gemeinsame(n) Ideal“ spricht. Es handelt sich bei der AEMR um eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit lediglich organisationsinterner Wirkung.“¹⁰

Hieran ist mehreres zu kritisieren: Bereits der Verweis auf die Kategorie des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*) geht fehl, da es hierauf für die Geltung einer Völkerrechtsnorm und ihrer Einbeziehung in das innerstaatliche Recht nicht ankommt und die Meinung, dass die Versammlungsfreiheit zum zwingenden Völkerrecht zu zählen sei, auch ersichtlich von niemandem vertreten wird. Gravierender ist indes die Fehlvorstellung, dass es sich bei der AEMR um eine Resolution mit „organisationsinterner Wirkung“ handle. Gleichviel wie die beteiligten Staaten die AEMR seinerzeit verstanden haben, dürften sie in keinem Fall angenommen haben, die Erklärung gelte nur im UN-internen Raum. In jedem Fall übersieht das Verwaltungsgericht, dass es

⁹ Bundessozialgericht, Urteil v. 15.10.2014, Az. B 12 KR 17/12 R = BSGE 117, 117, Rn. 28.

¹⁰ Verwaltungsgericht Ansbach, Urteil v. 31.08.2007, Az. AN 4 K 07.00590 = GewArch 2008, 209-211, Rn. 25.

heute unbestritten ist, dass der Kerngehalt der AEMR als Gewohnheitsrecht angesehen wird und daher auch gem. Art. 25 GG Teil des Bundesrechts geworden ist, dem sogar Vorrang vor einfachem Bundesrecht einzuräumen ist. Insofern hätte sich das Gericht in jedem Fall mit dem Inhalt der Norm befassen müssen.

Bedauerlicherweise folgt das Sächsische Landessozialgericht in einem Urteil vom 28. Mai 2014 der unzutreffenden Sichtweise des Verwaltungsgerichts Ansbach.¹¹

5. Reformvorschläge

Die vorstehende quantitative und qualitative Untersuchung der Bedeutung der internationalen Menschenrechte in der innerstaatlichen Rechtsprechung zeigen, dass die beiden UN-Pakte und die weiteren Menschenrechtsübereinkommen von den Gerichten wahrgenommen werden und auch in der Sache rezipiert werden. Von Einzelfällen abgesehen, ordnen die Gerichte dabei sowohl die Vertragstexte als auch die Praxis der Vertragsorgane richtig ein. Insofern sind die rechtsdogmatischen Grundlagen der Berücksichtigung internationaler Menschenrechte auch in der Praxis geklärt.

Allerdings führt diese Berücksichtigung bislang in der Regel nicht zu Rechtsfolgen, die von auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts gefundenen Rechtsfolgen abweichen würden. Das mag zum einen der relativen Vorsicht, mit der sich die Gerichte den internationalen Menschenrechten nähern, und einer damit verbundenen Zurückhaltung geschuldet sein. Zum anderen dürfte es auch damit zusammenhängen, dass im Fall eines Konflikts zwischen einfachem Bundesrecht und einer Norm des internationalen Menschenrechtsschutzes letzterer nicht zwingend der Vorrang einzuräumen ist.

5.1 GLOBALE MENSCHENRECHTSÜBEREINKOMMEN ALS AUSLEGUNGSHILFE FÜR DIE GRUNDRECHTE DES GRUNDGESETZES

Um diese eher formale Betrachtungsweise zu überwinden, ist es erforderlich, dass die Gerichte die internationalen Menschenrechte stärker zur Auslegung der Grundrechte des Verfassungsrechts heranziehen und diese aus der Perspektive des Menschenrechtsschutzes interpretieren. Damit würde die für die EMRK entwickelte Rechtsprechung auf globale Menschenrechtsübereinkommen übertragen. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Weg bereits vor einigen Jahren für die Behindertenrechtskonvention auf-

¹¹ Landessozialgericht Chemnitz, Urteil v. 28.05.2014, L 8 SO 59/12, Rn. 23.

gezeigt, indem es ausführte, dass diese als „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann“.¹²

Es besteht in der Tat kein zwingender völkerrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Grund, warum nur die EMRK, aber nicht globale Menschenrechtsübereinkommen als Interpretationshilfe der Grundrechte herangezogen werden können (ähnlich Eichenhofer 2015: 101). Diese Interpretationslösung ist indes auf die Grundrechte des Grundgesetzes beschränkt, die bekanntermaßen hauptsächlich bürgerliche und politische Rechte umfassen. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte können daher nur eingeschränkt herangezogen werden. Bedeutung können diese Menschenrechte bezüglich des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (Art. 1 Abs.1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG) entfalten, wie bereits im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Asylbewerberleistungsgesetz gesehen. Denkbar wären jedoch auch Interpretationen des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) soweit sie Kollektivverhandlungen von Arbeitnehmern betreffen.

Allerdings dürfte auch die Auslegung der übrigen Grundrechte im Lichte der globalen Menschenrechte nur dann eine praktisch relevante Bedeutung entfalten, wenn der menschenrechtliche Schutzstandard nach den globalen Verträgen wie dem UN-Zivilpakt über den Standard der EMRK hinausgeht. Das könnte jedenfalls beim allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 26 des UN-Zivilpakts der Fall sein. Dieser reicht weiter als der vergleichbare Art. 14 EMRK, da er die Gleichheit nicht nur im Anwendungsbereich eines anderen Menschenrechts schützt (wie Art. 14 EMRK). Für die EMRK wurde das Diskriminierungsverbot dem Standard des Art. 26 UN-Zivilpakt durch das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK angeglichen. Dieses Protokoll wurde von Deutschland jedoch noch nicht ratifiziert, sodass das Diskriminierungsverbot nach dem UN-Zivilpakt für Deutschland weiterreicht als nach der EMRK.¹³

5.2 BERÜCKSICHTIGUNG SOZIALER MENSCHENRECHTE AUF DER GRUNDLAGE VÖLKERRECHTLICHER DOGMATIK

Neben der Interpretation der Grundrechte im Lichte der globalen Menschenrechte ist als zweiter Verbesserungsschritt eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte auf der Grundlage der aktuellen menschenrechtlichen Dogmatik erforderlich. In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung den

¹² Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 23. 03. 2011, Az. 2 BvR 882/09 = BVerfGE 111, 307, Rn. 52.

¹³ Der von Deutschland zu Art. 26 UN-Zivilpakt eingelegte Vorbehalt betrifft nur die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses für Individualbeschwerden, jedoch nicht die materielle Reichweite des Art. 26.

Geltungsgrund und Gehalt dieser Menschenrechte zu oft falsch interpretiert und soziale Menschenrechte pauschal als nicht unmittelbar anwendbar angesehen.

Dass jedenfalls die in den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten enthaltenen Diskriminierungsverbote unmittelbar anwendbar sind, ist inzwischen weitgehend anerkannt. Für das Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 der Behindertenrechtskonvention hat das Bundessozialgericht dies bereits vor wenigen Jahren festgehalten.¹⁴ Dieser Rechtsgedanke lässt sich auf die Diskriminierungsverbote der anderen globalen Menschenrechtsabkommen ohne Weiteres übertragen.

Man wird einen Schritt weitergehen können und auch die in der jüngeren Menschenrechtspraxis anerkannten Minimalstandards („*minimum core obligations*“) als hinreichende Konkretisierung ansehen können (Kaltenborn 2015: 34 ff.). Auch insoweit scheint eine unmittelbare Anwendbarkeit möglich. Dagegen dürfte die allgemeine Pflicht zur schrittweisen Realisierung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte regelmäßig nicht unmittelbar anwendbar sein. Echte Leistungsrechte werden sich daher nur im Einzelfall aus den Menschenrechten ableiten lassen.

5.3 STÄRKERE BEACHTUNG DER SPRUCHPRAXIS DER AUSSCHÜSSE IN INDIVIDUALBESCHWERDEVERFAHREN

Von besonderer Bedeutung wird zukünftig die stärkere Beachtung der Entscheidungen der Vertragsorgane in Individualbeschwerdeverfahren sein. Unabhängig davon, ob diese nun als rechtsverbindlich angesehen werden oder nicht, tragen sie in jedem Fall zu einer Konkretisierung der von den deutschen Gerichten teilweise als zu abstrakt (miss)verstandenen völkerrechtlichen Menschenrechte bei. Auf diese Weise kann bei den Gerichten auch die Erkenntnis befördert werden, dass und inwieweit Menschenrechte hinreichend klar und unbedingt formuliert sind. Die Entscheidungen der Vertragsorgane in Individualbeschwerdeverfahren können insoweit auch als „niedrigschwelliges“ Angebot an die deutsche Gerichtsbarkeit verstanden werden: Die Gerichte können sich – wie vom Bundesverfassungsgericht gefordert – mit den Entscheidungen befassen, diese wahrnehmen und in ihre Rechtsfindung einbeziehen. Dieser Prozess kann aus Sicht der Gerichte auch zunächst „gefahrlos“ erfolgen, da ein inhaltliches Abweichen von einer Ausschussposition mangels formeller Rechtsverbindlichkeit der Entscheidungen der Ausschüsse in den Individualbeschwerdeverfahren jedenfalls kein rechtsdogmatisches Problem aufwirft.

¹⁴ Bundessozialgericht, Urteil vom 6. 3. 2012, Az B 1 KR 10/11 R = BSGE 110, 194, Rn. 29.

6. Schluss

Im Ergebnis zeigt sich, dass Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und insbesondere in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte mehr sind als nur schmückendes Beiwerk. Die Gerichte setzen sich sowohl mit den Rechtsgrundlagen als auch mit der Auslegung der Menschenrechte durch die Vertragsorgane auseinander und kommen überwiegend zu völkerrechtlich vertretbaren Aussagen. Insofern sind die Menschenrechte zu einem festen Bestandteil der Argumentationsmöglichkeiten der Gerichte geworden und keinesfalls nur zusätzliche und wohlklingende Rhetorik.

Allerdings konnten bislang nur die in der EMRK verankerten Rechte zu einer echten Ergänzung und Erweiterung der nach innerstaatlichem Recht ohnehin bestehenden Rechtspositionen führen. Die in den globalen Menschenrechtsübereinkommen verankerten Rechte sind bislang nur zur Bestätigung gefundener Ergebnisse verwendet worden. Allerdings sind auch diese Bestätigungen nicht ohne normativen Wert. Dennoch müssen die dogmatischen Grundlagen der globalen Menschenrechte, aus denen sich eine echte Ergänzung des innerstaatlichen Rechts ergeben kann, in der Praxis noch aufgenommen werden. Dabei kann nicht immer daraufgesetzt werden, dass die Gerichte aus eigener Erkenntnis die entsprechenden Ansätze finden und verwenden. Vielmehr bedarf es auch hier der Unterstützung durch entsprechende Vorträge der an einem konkreten Verfahren beteiligten Prozessparteien.

Um die Einbeziehung globaler Menschenrechte in die innerstaatliche Rechtsprechung und damit auch in die innerstaatliche Rechtswirklichkeit zu verbessern und nachhaltig zu sichern, ist daher vor allem eine stärkere Einbeziehung der Menschenrechte in die juristische Ausbildung sowie in die Fortbildung von Justiz und Anwaltschaft erforderlich. Hier sind nicht nur die Universitäten, sondern auch die Anwaltskammern und die Justizministerien gefordert. Sie können in Zusammenarbeit mit Expertinnen und Experten des globalen Menschenrechtsschutzes wie z. B. des Deutschen Instituts für Menschenrechte (DIMR) zu einer verbesserten Wahrnehmung und Einbeziehung der Menschenrechte in die Rechtspraxis beitragen.

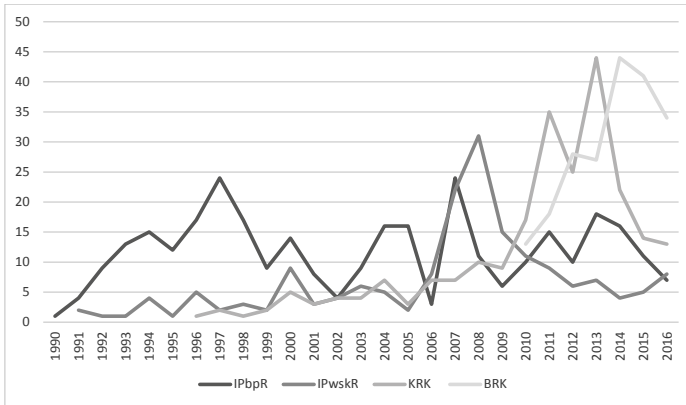
Literatur

- Banafsche, Minou 2015: Die internationalen Menschenrechte und das deutsche Recht – ein Überblick, in: dies./Platzer, Hans-Wolfgang (Hrsg.): *Soziale Menschenrechte und Arbeit*, Baden-Baden: Nomos, 57-87.
- Buergeth, Thomas/Thürer, Daniel 2010: *Menschenrechte – Ideale, Instrumente, Institutionen*, Baden-Baden: Nomos.

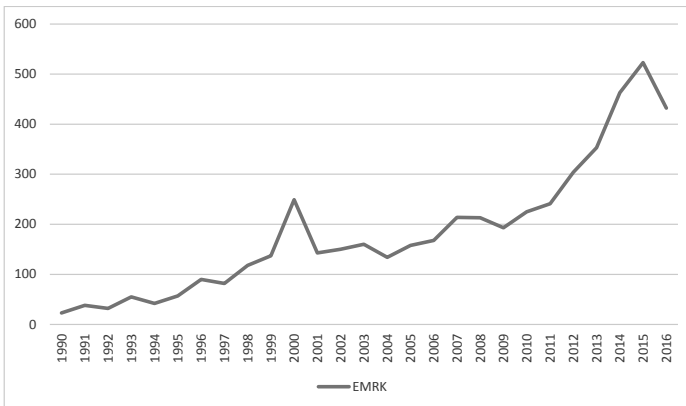
- Eichenhofer, Eberhard 2015: Soziale Menschenrechte und deutsches Sozialrecht, in: Banfsche, Minou/Platzer, Hans-Wolfgang (Hrsg.): *Soziale Menschenrechte und Arbeit*, Baden-Baden: Nomos, 89-102.
- Frau, Robert 2015: *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Tübingen: Mohr.
- Geiger, Rudolf 2013: *Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht*, 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Griebel, Jörn 2014: Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde, in: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 204-211.
- Käin, Walter/Künzli, Jörg 2013: *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kaltenborn, Markus 2015: *Social Rights and International Development*, Heidelberg: Springer.
- Krajewski, Markus 2017: *Völkerrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Krappmann, Lothar 2010: Die Rücknahme der Vorbehalte der Bundesrepublik gegen die Kinderrechtskonvention, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)*, Heft 4/2010, 502-509.
- Krennerich, Michael 2013: *Soziale Menschenrechte – Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach: Wochenschau Verlag.
- OHCHR 2017: Status of Ratification Interactive Dashboard, <http://indicators.ohchr.org/>, Stand: 1. 3. 2017.
- Payandeh, Mehrdad 2016: Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit – Der Treaty Override-Beschluss des BVerfG, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1279-1282.
- Peters, Anne/Altwicker, Tilman 2012: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., München: C. H. Beck.
- Saul, Ben/Kinley, David/Mowbray, Jacqueline 2014: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Commentary, Cases, and Materials*, Oxford: OUP.
- Schäfer, Bernhard 2007: *Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt – Ein Handbuch für die Praxis*, 2. Aufl., Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- Schilling, Theodor 2016: *Internationaler Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schweitzer, Michael/Dederer, Hans-Georg, 2016: *Staatsrecht III – Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 11. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Uerpmann-Witzack, Robert 2016: Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 26.07.2016, 1 BvL 8/15, in: *Familienrechtszeitschrift (FamRZ)*, 1746-1747.
- Weiß, Norman, 2004: Überblick über die Erfahrungen mit Individualbeschwerden unter verschiedenen Menschenrechtsabkommen, in: *Archiv des Völkerrechts (AVR)* 42, 142-156.

Anhang

1. Erwähnung ausgewählter internationaler Menschenrechtsübereinkommen in Entscheidungen deutscher Gerichte 1990-2016¹⁵



2. Erwähnung der EMRK in Entscheidungen deutscher Gerichte 1990-2016 als Vergleich



¹⁵ Die Daten beruhen auf einer Auswertung der Datenbank juris im Zeitraum von 1997 bis 2016. Zwischen einer Erwähnung in den Urteilsgründen und im Tatbestand wurde nicht unterschieden, sodass auch Entscheidungen gezählt wurden, in denen die Menschenrechtsübereinkommen nur im Parteinortrag, aber nicht in der rechtlichen Wertung der Gerichte berücksichtigt wurden. Da nicht-verbundene Rechtssachen, die den gleichen Sachverhalt betreffen, als getrennte Urteile gezählt werden, entstehende teilweise künstlich erhöhte Werte.

Eibe Riedel

„Best of UN“ – Narrationen aus dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Das Thema ist praxisorientiert: „*Best of UN*“ und Narrationen aus dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Im Folgenden wird allerdings zunächst der Hintergrund der Arbeit im Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Ausschuss) beleuchtet, ehe einige Praxisbeispiele („Narrationen“) hervorgehoben werden und am Schluss die Frage beantwortet wird, ob die Tätigkeit der Vertragsausschüsse der UN-Menschenrechtsverträge wirklich das Beste der Vereinten Nationen darstellt.

1. Hintergrund

Bekanntlich wurde im Dezember 1948 die Allgemeine Menschenrechtserklärung (AMRE) von der UN-Generalversammlung verabschiedet, und zwar ohne Gegenstimme bei acht Enthaltungen.¹ 1945 war es nicht gelungen, die wesentlichen Menschenrechtsforderungen in den Text der UN-Charta aufzunehmen. Es finden sich dort nur allgemeine Hinweise auf Menschenrechtsverpflichtungen in der Präambel und einige wenige, verstreute Hinweise auf Menschenrechtsschutz im Text der Charta.² Immerhin gelang es, eine Menschenrechtskommission einzurichten, deren erste Aufgabe die Ausarbeitung eines umfassenden Menschenrechtsvertrages sein sollte. Das gelang zunächst nicht. Man einigte sich lediglich auf eine rechtstechnisch gesprochen unverbindliche Deklaration, in der aber sämtliche, bis dahin diskutierten Rechte zusammengestellt wurden.³ Staatsbürgerlich-politische und wirtschaftlich-soziale und kulturelle Rechte wurden in einem Dokument zusammengefasst, weil man der Meinung war, dass neben den klassischen Rechten der ersten Generation auch diejenigen der zweiten Generation, oder besser Dimension, zu den aus der Menschenwürde

1 Vgl. statt vieler Riedel, Eibe: Universeller Menschenrechtsschutz – Vom Anspruch zur Durchsetzung, in: ders. 2003: 105-137, m. w. H.

2 Präambel, Art. 1(3), 13(1), 55c, 62(2), 68, 73 und 76c UN-Charta.

3 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, UNGA Res. 217A(III), in: Menschenrechte, Dokumente und Deklarationen, Bonn, 4. Aufl., 2004, 54 ff.

fließenden unveräußerlichen Rechten gehören.⁴ Ohne Mindestansprüche im Arbeitsleben, Gesundheitsschutz, Erziehungssystem und ohne Garantie einer der Menschenwürde entsprechenden Gewährleistung eines adäquaten Lebensstandards, eines „Überlebenskorbes“ („*survival kit*“), der das Existenzminimum zum Schutzstandard erhebt, wären auch alle anderen Menschenrechte bedeutungs- und wirkungslos (vgl. Riedel 2004: 121). Meinungsfreiheit für einen Verhungerten allein macht keinen Sinn. In der Präambel der UN Charta werden die drei Hauptziele der Organisation, Friedenssicherung, Garantie der Herrschaft des Rechts und der Menschenrechte sowie – was westliche Staaten häufig überlesen – als dritte Aufgabe die Förderung des sozialen Fortschrittes und eines besseren Lebensstandards in größerer Freiheit, bereits deutlich angesprochen.

Im Prinzip war man sich auch einig, dass die Internationalisierung des Menschenrechtsdiskurses eine wichtige Neuentwicklung des Völkerrechts darstellte. Doch kamen die Regierungen solchen Menschenrechtsforderungen nicht mit Begeisterung nach. Sie merkten schnell, dass mit Menschenrechtsverträgen der Panzer der Souveränität durchstoßen werden kann und dass in bislang unbekannter Intensität die traditionell inneren Angelegenheiten der Staaten plötzlich auf eine internationale Überprüfungsplattform gehoben wurden. Indem man frühzeitig die Völkervertragsschiene wählte, hoffte so manche Regierung, die Zügel in der Hand zu behalten, denn im Vertragsrecht gilt das Prinzip „*do ut des*“ im Verhältnis der Staaten untereinander, und letztlich blieb das Entscheidungsrecht stets beim souveränen Staat. Die bedeutsamste und erst Jahrzehnte später in voller Brisanz erkannte Änderung war aber, dass anders als bei normalen bi- und multilateralen Austauschverträgen, bei denen Interessen ausgetauscht wurden, die neuen Menschenrechtsverträge plötzlich eine völlig neue Funktion erhielten: Anstelle des Austausches von Staateninteressen traten die Interessen von Individuen innerhalb der Staaten: Menschenrechtsverträge schützen nicht Staaten, sondern die in ihnen lebenden Individuen. Damit veränderte sich auch radikal die Rolle der Staaten: Von Nutznießern der Verträge wurden sie zu Treuhändern, deren Aufgabe darin bestand, die Durchsetzung ihrer Menschenrechtsverpflichtungen sicherzustellen. Dafür ist das klassische Vertragsmodell nicht besonders gut geeignet. Doch seit 1945 hat es mittlerweile fast 200 menschenrechtliche Verträge gegeben, worauf man verzichtet hätte, wenn man diesen Weg für eine Sackgasse gehalten hätte.

Nachdem es also 1948 nicht gelang, eine *Universal Bill of Rights* zu verabschieden, konzentrierte sich die „*standard-setting community*“ auf zwei unterschiedliche Strate-

⁴ Vgl. Riedel, Eibe: Menschenrechte der dritten Dimension, in: ders. 2003: 329-362.

gien: Zum einen befasste sich die Menschenrechtskommission (MRK) mit der Ausarbeitung der beiden UN-Pakte, die 1966 verabschiedet wurden und 1976 in Kraft traten,⁵ wobei klar war, dass es sich um komplementäre Verträge handelte, die den Bestimmungen der AMRE von 1948 konkrete Vertragsgestalt geben.

Der zweite Ansatz war die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts und allgemeiner Rechtsgrundsätze als weitere Rechtsquellen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes.⁶ Dieser Weg wurde vor allem in der akademischen Literatur entwickelt und lag nahe, solange es vertragsrechtlich keine Spezialregelungen gab. Aus diesem Ansatz sprießt noch heute das sogenannte „*Charter-based system of human rights protection*“, das aus der UN-Charta sich direkt ergebende System des Menschenrechtsschutzes. Vorteil dieses Systems ist, dass es dafür keiner Ratifikation und damit Unterwerfung unter ein Vertragsregime bedarf.

Hauptvorteil dieses Verfahrens ist aber, dass auf diese Weise die „*bad guys*“, die Staaten, in denen systematische und schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen vorkommen, auch ohne vertragliche Bindungen an Menschenrechtsverträge zur Rechenschaft gezogen werden können. In den folgenden Jahrzehnten politisierte sich jedoch die Arbeit der MRK und als Ergebnis jahrelanger Reformüberlegungen kam es dann schließlich 2006 zur Abschaffung der MRK und Ersetzung durch den Menschenrechtsrat (MRR).⁷ Die Umwandlung sollte eine Aufwertung der Charta-basierten Schutzmechanismen bewirken. Es darf aber bezweifelt werden, ob das letztlich gelang. Auf Einzelheiten möchte ich hier nicht näher eingehen.

Die Trennung der AMRE von 1948 in zwei separate UN-Pakte war notwendig geworden, weil der zunehmende ideologische Graben zwischen westlichen und östlichen Staaten eine einheitliche Betrachtung aller Menschenrechte immer schwieriger werden ließ. So forderten westliche Staaten in erster Linie staatsbürgerliche und politische Rechte, die dem Einzelnen Abwehrrechte gegenüber dem Staat eröffnen, während östliche Staaten in erster Linie wirtschaftliche und soziale Menschenrechte einforderten, angeblich, weil Rechte in der Arbeit, Sozialversicherung, Krankheitsschutz, Familienunterstützung und Bildungsgarantien in sozialistischen Staaten leichter ver-

5 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR), UNGA Res. 2200A(XXI) vom 16. Dezember 1966, in Kraft seit 3. Januar 1976; Internationaler Pakt über staatsbürgerliche und politische Rechte, (ICCPR), UNGA Res. 2200A(XXI), vom 16. Dezember 1966, in Kraft seit 23. März 1976.

6 Zum Ganzen statt vieler Riedel 2003: 15, Steiner et al. 2008: 136 ff., Hannum 1995/96: 287 ff.

7 Der Menschenrechtsrat wurde durch UNGA Res. 60/251 errichtet. Gleichzeitig wurde die Menschenrechtskommission abgeschafft. Vgl. Albuquerque 2005: 165, Abraham 2007, Riedel 2016: 132-152, m.w.H.

wirklich werden könnten. Staatsbürgerliche und politische Rechte würden dagegen nur als Rechte zum Staat, zur Verwirklichung der sozialistischen Staatsphilosophie verstanden. Umgekehrt lehnten westliche Staaten zumindest eine Gleichbehandlung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (WSK-Rechten) mit staatsbürgerlichen und politischen Rechten (BP-Rechten) ab, da BP-Rechte ohne weiteres gewährt werden könnten, während WSK-Rechte tiefe Einschnitte in die soziale und wirtschaftliche Struktur des Staates beinhalteten. Wenn nicht gar eine Festlegung auf eine sozialistische Staatsform darin zum Ausdruck käme, so würde auf jeden Fall die staatliche Gestaltungsfreiheit der Wirtschaftsordnung gravierend eingengt. Deshalb bestanden die westlichen Staaten auch darauf, dass die gewählte Sprache bei beiden UN-Pakten unterschiedlich war: Während die Rechte des Zivilpakts unmittelbar anwendbar seien, oder unmittelbar angewendet werden könnten, waren die Garantien des Sozialpakts von vornherein indirekter formuliert. So verpflichten sich die Vertragsstaaten des Sozialpakts, die Bestimmungen des Vertrages „nach und nach“ zu verwirklichen; außerdem richten sich die Verpflichtungen nur an die Staaten, eröffnen dem strikten Wortlaut nach den Individuen folglich nur indirekte Wirkung. Aus der Formulierung des Art. 2 (1) Sozialpakt haben westliche Staaten – allen voran die USA, die den Sozialpakt gezeichnet, aber nie ratifiziert haben – herausgelesen, dass dieser nur Programmsätze und allenfalls Gesetzgebungsaufträge enthalte, im Unterschied zum Zivilpakt, der unmittelbare Wirkung entfalten könne (zum Ganzen: Riedel 2004: 106 ff.). Wegen der unterschiedlichen Interpretationsweisen dauerte es auch fast zehn Jahre, bis die beiden UN-Pakte in Kraft treten konnten.

Seither hat sich im Menschenrechtsbereich jedoch viel getan, was in der deutschen Literatur zum Thema oft übersehen wird: Inzwischen haben 164 Staaten den Sozialpakt und 168 Staaten den Zivilpakt ratifiziert. Aus dem Ratifikationsproblem allein wird bereits deutlich, dass inzwischen mehr als Vierfünftel der Staaten der Welt beide UN-Pakte als wesentliche Konkretisierungen der Allgemeinen Menschenrechtserklärung ansehen. Spätestens seit der Wiener Weltmensenrechtskonferenz von 1993 wird die Interdependenz, Unteilbarkeit, Gleichwertigkeit und Wechselbezüglichkeit aller Menschenrechte als „Mantra“ der Menschenrechtsgemeinde betont.⁸

Beim WSK-Ausschuss hat sich eine Überprüfungspraxis ergeben, die den einzelnen Sozialpaktbestimmungen zunehmend klarere Konturen verleiht. Dabei hat sich in der Praxis des Ausschusses die Auffassung durchgesetzt, dass der Sozialpakt nicht nur „*non-self-executing treaty obligations*“, nicht nur nicht-selbstvollziehende Bestimmun-

⁸ Vgl. Wiener Deklaration und Aktionsprogramm, Weltkonferenz über Menschenrechte, Wien, 25. Juni 1993, Paragraph 75/II. Vgl. hierzu auch den Überblick bei Albuquerque 2005:165.

gen enthält, sondern dass in jedem Paktrecht Elemente enthalten seien, die unmittelbarer Anwendung zugänglich sind. Dahinter verbirgt sich eine überbewertete akademische Diskussion über die sogenannte Justiziabilität der WSK-Rechte (vgl. Schneider 2004). Dieser schillernde Begriff kann Verschiedenes bedeuten: Er kann sich auf die nationale Umsetzung und Durchsetzung der Paktrechte beziehen, oder aber die Überprüfung auf internationaler Ebene thematisieren. In der Praxis des Ausschusses werden die Paktrechte so gelesen, dass die Verpflichtungen der Vertragsstaaten verschiedene Aspekte gleichzeitig ansprechen: „*obligations to respect, protect and fulfil*“, Respektierungs-, Schutz- und Erfüllungspflichten.⁹

Respektierungspflichten – die zumeist unmittelbare Verpflichtungen implizieren – erfassen zum Beispiel die Verpflichtung, dass der Vertragsstaat nicht von sich aus bestehende Gleichbehandlungsgrundsätze bei der Verwirklichung der garantierten Rechte verletzt.

Bei *Schutzverpflichtungen* wandelt sich die Respektierungspflicht um: Anstelle des direkt verantwortlichen Staates als Akteur treten häufig Dritte, denen vormals staatliche Aufgaben übertragen werden – etwa im Falle der Privatisierung vormals staatlicher Wohnungswirtschaft. Hier behält der Vertragsstaat eine Schutzpflicht, wonach sichergestellt werden muss, dass Machtmissbrauch und Menschenrechtsverstößen durch Dritte Einhalt geboten wird, wie dies bei Monopolverstößen der Fall ist.

Bei *Erfüllungspflichten* muss der Vertragsstaat Schritte unternehmen, um den Schutz der garantierten Rechte nach und nach zu verbessern, etwa durch Programme, Strategien, administrative oder legislatorische Schritte. Es bleibt allerdings stets im Ermessen des Vertragsstaates, welche konkreten Schritte national ergriffen werden. Der Sozialpaktausschuss verlangt nur, dass der Vertragsstaat anlässlich seines nächsten Staatenberichtes über Erfolg oder Misserfolg der ergriffenen Maßnahmen berichtet.

Bekanntlich hat der WSK-Ausschuss den Inhalt und die Reichweite der Sozialpaktbestimmungen seit 1989, also seit fast 30 Jahren, kontinuierlich präzisiert, und über „Abschließende Bemerkungen“ (*concluding observations*) und „Allgemeine Kommentare“ (*General Comments*) erheblich konkretisiert und fassbarer gemacht. Nur wenige Staaten haben diesen Präzisierungsbemühungen des Ausschusses widersprochen. Bezeichnenderweise sind es hauptsächlich die Vereinigten Staaten von Amerika, die sich als Gegner der Gleichbehandlung von WSK- und BP-Rechten erweisen. So wird

9 Im Anschluss an die Limburg und die Maastricht Prinzipien, vgl. Riedel 2005: 169 f.; Limburg Principles on the Implementation of the ICESCR, 1986, Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 1997, abgedruckt in: International Commission of Jurists: Economic, Social and Cultural Rights, A Compilation of Essential Documents, Genf 1997, 65 ff.

dort nach wie vor die Auffassung vertreten – allerdings immer zaghafter und von zahlreichen US-amerikanischen Wissenschaftlern vehement widersprochen – dass WSK-Rechte überhaupt keine Menschenrechte seien. Vielmehr seien das Anliegen der „charity“, der staatlichen oder privaten Wohltätigkeit, die in den USA schließlich von über 2.500 Kirchen getätigt würde. Dass die *Universal Bill of Rights* ganz maßgeblich von Franklin D. Roosevelts *four freedoms* (*freedom of speech and expression, freedom of every person to worship God in his own way, freedom from want, and freedom of fear*) aus dem Jahre 1941 und von Eleanor Roosevelts Kampf für die Schaffung einer Universellen Menschenrechtscharta beeinflusst wurde, wird schlicht übergangen¹⁰. Vor allem aber – und da dürfte der Hauptgrund für den Widerstand gegenüber WSK-Rechten als gleichzustellende Rechte liegen – ist die Bilanz der Verwirklichung von WSK-Rechten in einem der reichsten Länder der Erde keineswegs beeindruckend: Suppenküchen im Winter vor U-Bahnstationen in Washington, D.C., zunehmende Obdachlosigkeit, ein Krankenversicherungssystem, das ärmeren und ärmsten Bevölkerungsschichten so gut wie keinen oder nur völlig unzureichenden Gesundheitsschutz vermittelt, zeichnen ein ernüchterndes Bild – und dies, obgleich „Obamacare“ dann wichtige Gesundheitsschutzmassnahmen einleitete und die größten Missstände beseitigte¹¹. Diese Beispiele zeigen jedenfalls, dass überhaupt kein Grund besteht, elementare Menschenrechtsforderungen im WSK-Bereich für die USA auszunehmen. Wer sich als moralische Instanz für die Herrschaft des Rechts sieht, zu der der Schutz aller elementaren Menschenrechte zwingend gehört, sollte zunächst im eigenen Hause Menschenrechtsverbesserungen schaffen, ehe die Bemühungen auf internationaler Ebene pauschal kritisiert werden.

Die Kernaussagen des Sozialpakts finden sich in der zentralen Vorschrift des Art. 2 (1), wo es heißt:

„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.“

Im Übrigen hat der WSK-Ausschuss sich große Mühe gemacht, den Inhalt des zugegebenermaßen missverständlich formulierten Art. 2 (1) nach und nach zu präzisieren.

10 F. D. Roosevelt: State of the Union Address, 6. January 1941. Siehe statt vieler auch Humphrey 1979: 27.

11 Die neue Trump-Administration versucht, diese Maßnahmen wieder abzuschaffen.

Eine Auslegung des Art. 2 (1), die zu keiner Rechtsverbindlichkeit des Paktes führt, kann daraus *nicht* abgeleitet werden. Zwar sind die Verpflichtungen allgemein gehalten und offen formuliert und stellen insgesamt nur schwache Verpflichtungsgrade auf, aber immerhin handelt es sich um echte Vertragspflichten, die im Zusammenlesen mit konkreteren Verpflichtungen des Teils III des WSK-Pakts ihre Bedeutung erhalten. Jeder Staat ist folglich verpflichtet, die im Sozialpakt verbürgten Rechte so weit wie möglich zu verwirklichen, und dies Schritt für Schritt, bis zur Grenze seiner *vorhandenen* Ressourcen („to the maximum of its *available* resources“), nicht mehr und nicht weniger. Wenn also ein Tsunami-betroffener Staat nicht die Mittel besitzt, um wenigstens die Überlebensnotwendigkeiten seiner Bürger zu gewährleisten, sieht Art. 2(1) vor, dass dieser Staat gehalten ist, zu begründen, weshalb und wie viel er dennoch geleistet hat und ob er internationale ökonomische und technische Hilfe von anderen, reicheren Staaten angefordert hat, um die Menschenrechtsslage seiner Bevölkerung zu verbessern.

In seinen Abschließenden Bemerkungen geht der Ausschuss aber penibel darauf ein, ob der Staat tatsächlich alles in seiner Macht stehende getan hat, um elementare soziale Menschenrechte zu gewährleisten und um die wenigen zur Verfügung stehenden Mittel gerecht und d.h. diskriminierungsfrei zu verteilen. Verletzungen von Gleichbehandlungsgeboten sind nicht primär ressourcenabhängig und können von armen, genauso wie von reichen Staaten abgestellt werden.

Im Ergebnis spiegelt Art. 2 (1) Sozialpakt nur die sehr unterschiedliche Ausgangslage der Staaten wider, und dies wird im Staatenberichtsverfahren auch stets angemessen berücksichtigt und gewürdigt. Doch liegt die Beweislast stets bei dem Berichtsstaat, nicht beim Ausschuss. Insgesamt bedeutet dies, dass nach ganz herrschender Meinung Art. 2 (1) des Sozialpakts eine zwar allgemein und je nach den Bedingungen des jeweiligen Einzelstaates formulierte, rechtlich verbindliche Verpflichtung enthält, an der das Verhalten des Vertragsstaates gemessen werden kann.

Um den z. T. vagen Begriffen des Paktes Konturen zu verleihen, ohne selber zu legeferieren, was allein den Vertragsstaaten zukäme, hat der Ausschuss auf ausdrückliche Bitten des ECOSOC und des MRR, aber auch einzelner Vertragsstaaten, mittlerweile 24 General Comments (GCs) verabschiedet, die inzwischen über 180 Seiten ausmachen, um einzelne Paktrechte näher zu qualifizieren und auszulegen. Solche General Comments dienen dem Zweck, die Rechtsauffassung des Ausschusses zu erklären – die 18 Ausschussmitglieder kommen aus sehr unterschiedlichen Kulturkreisen –, daneben dienen sie den Mitgliedstaaten bei der Erstellung ihrer Staatenberichte als Richtschnur, aber vor allem auch den internationalen und nationalen Nichtre-

gierungsorganisationen bei der Erstellung ihrer Parallelberichte und bei ihrer Lobbyarbeit im nationalen Kontext. Auch die UN-Sonderorganisationen, die bei der Ausarbeitung solcher General Comments stets frühzeitig angehört werden, verwenden diese GCs für ihre eigenen programmatischen und Normsetzungs-Aufgaben.

Rechtlich sind solche GCs nach ganz überwiegender Meinung nicht verbindlich. Es handelt sich vielmehr um Standards, die man anlegen kann, aber nicht muss.¹² Ein Staat, der eine Auslegung des Ausschusses nicht erfüllt, muss gleichwohl damit rechnen, dass der Ausschuss ihn beim nächsten Staatenberichtsverfahren ausführlich dazu befragt. Lehnt er dies ab, wird der Ausschuss in seinen „Abschließenden Bemerkungen“ sehr nachdrücklich formulierte Empfehlungen aussprechen, die zumindest große Publizität im Berichtsstaat selber auslösen können, vor allem dann, wenn NGOs innerstaatlich entsprechenden Druck ausüben. Die bisherigen GCs sind aber von den meisten Staaten sehr wohlwollend aufgenommen und in späteren Berichten z.T. auch zitiert worden. In einem Fall hat ein Vertragsstaat, dessen Bericht zur mündlichen Verhandlung kurz bevorstand, in einer nichtöffentlichen Sitzung mit Ausschussmitgliedern und Staatenvertretern sich kritisch über diese Ausschusspraxis geäußert. Die Ausschussmitglieder mussten sich jedoch nicht selber verteidigen, da dies von den übrigen Vertragsstaatenvertretern übernommen wurde. Die faktische Bewertung solcher General Comments ist folglich groß, sodass es auf ihre Rechtsnatur letztlich fast überhaupt nicht ankommt. Das ist Juristen, die am traditionellen positivistischen Rechtssatzmodell geschult wurden, oft nur schwer zu vermitteln. Bei der Verwirklichung der Menschenrechte zählt am Ende des Tages aber immer nur, ob sie tatsächlich beachtet werden, nicht so sehr, ob sie als Recht überhaupt anerkannt oder justiziabel im engeren Sinne sind.

Da *Concluding Observations* und *General Comments* bislang immer im Konsens-Verfahren verabschiedet wurden, dauert es oft lange, bis ein neuer GC schließlich verabschiedet wird. Über soziale Sicherheit wurde fast 18 Monate verhandelt, ehe der GC im November 2007 vom Ausschuss verabschiedet wurde. Im Falle des GC 20 über Nichtdiskriminierung im WSK-Bereich dauerte es über 4 Jahre. Das Konsens-Verfahren stellt überdies sicher, dass über alle kulturellen Differenzen hinweg ein *consensus omnium* sichergestellt wird, der allzu weitreichende Neuerungen in aller Regel ausschließt.

Das Beispiel des Rechts auf Wasser mag exemplarisch sein (vgl. Riedel 2005, Riedel/Rothen 2006). Im Wortlaut des Paktes findet sich dieses Recht nicht ausdrücklich.

¹² Zu völkerrechtlichen Standards vgl. Riedel 1986: 260 ff., Riedel 1991.

Der GC verwendet viel Platz darauf, nachzuweisen, dass sich dieses Recht aus der allgemein gehaltenen Sicherung des Lebensstandards ergibt und dass die Erwähnung einzelner Grundbedürfnisse wie Gesundheit, Wohnung, Bekleidung und Ernährung nicht abschließend gemeint seien, sondern Regelbeispiele darstellen. Immerhin ist der Zugang zur Trinkwasserversorgung mindestens genauso wichtig wie der zur Basisernährung. Spätere Konventionen wie die Kinderrechtskonvention nehmen Wasserversorgung deshalb auch schon auf. Seit Verabschiedung dieses GC hat es in der internationalen Literatur fast ausschließlich positive Stellungnahmen gegeben. Der GC dürfte mittelfristig Ausgangspunkt für die Erarbeitung von *guiding principles*, Leitlinien, sodann einer Menschenrechtserklärung zum Recht auf Wasser bis hin zur möglichen Erarbeitung einer Spezialkonvention zu einem späteren Zeitpunkt bilden. Angesichts großer Widerstände der Staaten ist eine baldige Verabschiedung einer solchen Konvention wohl aber nicht wahrscheinlich.

Neben *General Comments* haben aber auch sog. *Committee Statements* eine definitorische Rolle gespielt. Auf Bitten der Arbeitsgruppe des Menschenrechtsrates zur Schaffung eines Fakultativprotokolls zum Sozialpakt hat der Ausschuss im Mai 2007 ein solches Statement verabschiedet, wie der Ausschuss die Ressourcenfrage gemäß Art. 2 (1) im Falle eines Individualverfahrens behandeln würde.¹³ *General Comments* können aber nur zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen beschlossen werden; für diese eher hypothetische Frage bot sich deshalb nur die Form einer Erklärung des Ausschusses an. Unter Berufung auf den GC Nr. 3 verabschiedete der Ausschuss seine Erklärung und behandelte nacheinander die Frage der „progressiven Verwirklichung“, der „Ressourcenfrage“, die Formulierung „*to the maximum of its available resources*“, und was passiert, wenn nach Auffassung des Ausschusses ein Mitgliedsstaat seine Verpflichtungen aus den Einzelbestimmungen des Paktes nicht erfüllt. Eine Reihe von Staaten, die bislang einem Fakultativprotokoll zum Sozialpakt kritisch gegenüberstanden, haben daraufhin ihre Skepsis aufgegeben (vgl. Riedel 2011).

Nimmt man alle Reformversuche zusammen, so lässt sich behaupten, dass seit der Errichtung des neuen Menschenrechtsrates die Reformbereitschaft generell zugenommen hat und dass vor allem die vielen Jahre stiefmütterlicher Behandlung der WSK-Rechte ein Ende hat. Zur 60-Jahr-Feier der Allgemeinen Menschenrechtserklärung im Dezember 2008 konnte dementsprechend ein Vertragsentwurf von der Generalversammlung angenommen werden. Symbolische Daten wie die 60-Jahr-Feier der AMRE sind dabei erfahrungsgemäß hilfreiche Zusatzargumente. Das Fakultativpro-

¹³ Statement on Evaluation of the Obligation to Take Steps to the „Maximum of Available Resources“ under an Optional Protocol to the Covenant, 10. Mai 2007, E/C.12/2007/1.

tokoll trat dann 2013 in Kraft und ist inzwischen von 21 Staaten ratifiziert worden. Gegenwärtig sind 16 Verfahren anhängig.

2. Narrationen

Ich komme jetzt zu den Narrationen, die Einblicke über die Arbeit des Sozialpaktaussschusses geben¹⁴.

- a) Bekanntlich setzt sich der Ausschuss aus 18 Mitgliedern zusammen, die sich gegenwärtig drei Mal pro Jahr in Genf im Palais Wilson zu dreiwöchigen Sitzungsperioden treffen. Einige von ihnen bleiben anschließend noch eine weitere Woche dort, um Zusatzfragen an Staaten auszuarbeiten, deren Berichte zur Prüfung anstehen („*presessional working group*“). Die Mitglieder setzen sich aus Vertretern von sechs Weltregionen zusammen. Zumeist handelt es sich um ehemalige Botschafter oder ehemalige Regierungsmitglieder, deren Nähe zu der jeweiligen Regierung aber immer erkennbar bleibt. Gelegentlich sind Professoren oder Mitglieder von NGOs vertreten, wenn sie von den Staaten benannt und vom ECOSOC gewählt werden. An sich sollen alle Mitglieder, die in ihrer persönlichen Eigenschaft gewählt werden, völlig unabhängig sein. Leider ist in der Praxis der Vertragsorgane die Unabhängigkeit der Mitglieder immer ein Problem.

In einem Falle empörte sich ein Mitglied in nichtöffentlicher Beratung darüber, dass sein Land die von der Ausschussmehrheit bevorzugte Lösung auf keinen Fall akzeptieren würde – obgleich es sich nicht um das Heimatland dieses Mitglieds handelte – und musste vom Vorsitz darauf hingewiesen werden, dass es darauf nicht ankomme, gefragt sei nur seine höchstpersönliche Meinung. In der Praxis führt das aber dazu, dass oft sehr lange über Abschließende Bemerkungen gesprochen wird und dass im Zweifel keine Empfehlung ergeht, weil kein Konsensus erreicht werden konnte, oder die Empfehlungen werden aus diesem Grunde verwässert. In dem genannten Fall wurde eine Kompromissformel gefunden, wonach ein „*consensus minus one*“ festgehalten wurde. So konnte im letzten Moment eine streitige Abstimmung vermieden werden. Andere Ausschüsse leiden wegen des Abstimmungsmodus angeblich unter heftigen Streitigkeiten unter den Mitgliedern, was der Sache nicht dient.

Verschiedene Versuche sind unternommen worden, die Unabhängigkeit der Ausschüsse zu verstärken, allerdings nicht mit durchschlagendem Erfolg. Dazu gehört

¹⁴ Die folgenden Bemerkungen basieren auf Erfahrungen im Ausschuss in der Zeit von 1997 bis 2012 und spiegeln nur persönliche Ansichten wider.

der Versuch, die Mandatszeit zu begrenzen. Gegenwärtig dauert die Wahlperiode vier Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit. Einige Mitglieder sind schon mehr als 25 Jahre Mitglied und haben dann die Tendenz, Reformschritte zu bremsen. Es sieht so aus, als sollten demnächst zwei Wahlperioden die Grenze bilden. Acht Jahre erscheinen mir zu wenig, da es einige Jahre dauert, bis man die Arbeit des Ausschusses so durchblickt, dass man eigene Vorschläge durchsetzen kann. Dazu bedarf es vor allem des „*networking*“, der Art und Weise, wie man Lösungen durch informelle Verhandlungen innerhalb und außerhalb des Ausschusses im UN-System erreicht. Am besten wäre es, wenn den Ausschussmitgliedern nur eine Wahlperiode von zehn bis zwölf Jahren wie bei obersten Gerichten eingeräumt würde. Dies würde Abhängigkeiten von den Heimatstaaten verringern. Dagegen sträuben sich aber viele Staaten, denen völlig unabhängige Ausschussmitglieder suspekt sind.

- b) Lassen Sie mich nun die tagtägliche Arbeit des Sozialpaktausschusses etwas näher umreißen: Beim Eintreffen im Palais Wilson findet jedes Ausschussmitglied auf seinem Platz einen Berg von Dokumenten vor, bestehend aus Staatenberichten, die zur Prüfung anstehen, sowie Zusatzinformationen von UN-Sonderorganisationen wie ILO, WHO, UNESCO, WIPO, WTO, UNHCR und andere. Dazu kommen Hintergrundberichte des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte, relevante UPR-Berichte des MRR sowie von Sonderberichterstatlern, alles in allem bis zu 1000 Seiten, die während der Verhandlungswochen abends und am Wochenende durchzuarbeiten sind, wenn dann nicht weitere informelle Meetings stattfinden. Zu Beginn einer jeden Sitzungsperiode findet in öffentlicher Sitzung ein Treffen mit NGOs statt, bei dem diese aktuelle Zusatzinformationen über die zu behandelnden Staaten liefern. Es folgt dann an einem bis eineinhalb Tagen ein Dialog mit einer Staatsdelegation, die zwischen vier und bis zu 25 Mitglieder umfasst. Der Dialog folgt einem Prüfungsraster, nach dem in verschiedenen Blöcken zuerst allgemeine und Diskriminierungsfragen erörtert werden, sodann verschiedene „*cluster*“ von Einzelrechten, etwa zu den sozialen Rechten, dann in einem weiteren Block zu Familienrechten, Ernährung, Wohnung, Gesundheit, Wasser und Sanitäreinrichtungen, sodann Bildungs- und Kulturrechtefragen. Angesichts der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit und der Fülle an zu bearbeitendem Material – hinzu kommt noch weiteres über Internet geliefertes Material – gibt es Versuche, die Arbeitsmethoden der Ausschüsse zu verbessern, was hier aber nicht vertieft werden kann (vgl. Pillay 2012). Ein Vorschlag ist, künftig bei Folgeberichten nur noch priorisierte Fragen zu erörtern und eine Liste von vorab der Regierung übersandten Fragen zu behandeln (*LOIPR, list of issues prior to reporting*), um von vornherein

Schwerpunkte des Dialogs zwischen Ausschuss und Mitgliedstaat festzulegen¹⁵. Das wird gerade erprobt. Dabei können aber aktuelle Fragen und regelmäßig Probleme bei Einzelrechten aufwerfende Situationen zu kurz kommen. Immerhin soll jetzt die Rolle des Berichtstatters für jedes zur Prüfung anstehende Land verbessert werden.

- c) Der Dialog mit den Regierungsvertretern wirkt für Beobachter (meist NGOs und angereiste Studierendengruppen) oft schwerfällig. Echte Dialoge finden kaum statt. Meist stellen viele Ausschussmitglieder Fragen, die von unterschiedlicher Qualität sind. Die Regierung hat dann dieselbe Zeit für Antworten, sodass viele Probleme mündlich nur angekratzt werden können. Das Ergebnis des Dialogs mündet dann in Abschließende Bemerkungen (*concluding observations*), die allerdings auch sämtliche schriftlichen Äußerungen einbeziehen können. Der Ablauf des Dialogs folgt im übrigen der Devise, dass der Ausschuss Vorschläge und Empfehlungen an den Staat richten möchte und bevorzugt deshalb auch den sog. „*konstruktiven Dialog*“ anstelle eines Rechtsverletzungsansatzes (*violations approach*). Ist die Ausschusskritik allzu ausgeprägt, führt dies oft dazu, dass die Staaten mit der weiteren Berichtspflicht ins Hintertreffen geraten. Einige Staaten sind ohnehin zehn bis 20 Jahre im Rückstand ihrer Berichtspflichten. In einigen wenigen Fällen hat der Ausschuss deshalb eine „*non-reporting procedure*“ für Staaten eingerichtet, die ihren Berichtspflichten überhaupt nicht nachkommen. Das schafft aber große Probleme bei der Faktenanalyse.

Ogleich der konstruktive Dialog meist Mittel der Wahl ist, gibt es doch Ausnahmen, etwa wenn – wie im Falle von Israel – die Zuständigkeit des Ausschusses für Fragen der israelisch besetzten Gebiete bestritten wird. Hier hat der Ausschuss in aller Deutlichkeit hervorgehoben, dass die effektive Gebietskontrolle durch den Besetzerstaat Israel das maßgebliche Kriterium darstellt. Dem folgen auch alle anderen Vertragsorgane.

Im *Kosovo-Fall* vor seiner Unabhängigkeit (vgl. Riedel 2014: 459, Krisch 1999) tauchte die Frage auf, ob anstelle Serbien/Montenegros die United Nations Mission in Kosovo (UNMIK), die UN-Repräsentanz als Surrogat des Staates, vom Ausschuss überprüft werden könnte. Serbien entsandte einen stellvertretenden Justizminister als Delegationschef, der die Zuständigkeit des Ausschusses bestritt und die Angelegenheit als Einmischung in die inneren Angelegenheiten Serbien/Montenegros betrachtete, da Kosovo lediglich eine serbische Provinz darstelle. Der

¹⁵ Zu verschiedenen Reformvorschlägen vgl. dazu Riedel 2013: 1295 ff.

Ausschuss wies darauf hin, dass es ausschließlich um Menschenrechtsverletzungen im Kosovogebiet gehe, über die Serbien keine effektive Gebietshoheit ausübte, und dass Statusfragen ausgeschlossen seien. Zur Überraschung des serbischen Ministers behandelten die Abschließenden Bemerkungen dann aber vor allem Menschenrechtsverletzungen gegenüber der serbischen Minderheit unter kosovarischer Kontrolle. UNMIK war dafür als vom UN-Sicherheitsrat eingesetzte Letztentscheidungsinstanz zuständig. Die UNMIK-Delegation bestand aber fast ausschließlich aus Vertretern der Kosovo-Regierung, die von der UNO noch nicht anerkannt war und ist, und diese versuchte, die Statusfrage immer wieder aufzuwerfen. Der Vorsitz unterbrach diese Redner dann aber umgehend, sodass am Ende ein für alle tragbares Ergebnis erreicht wurde: Kosovo ist menschenrechtlich keine „*terra nullius*“ und kein Niemandland, und diese Sicht hat sich in allen übrigen Vertragsorganen verfestigt.

- d) Die sogenannten „*Follow Up-Procedures*“, Folgebehandlungen von Ausschussempfehlungen, spielen eine immer größere Rolle in allen Vertragsorganen. Unternimmt der Staat nichts, um die Empfehlungen umzusetzen, so wird bei der Vorlage des nächsten Berichts intensiv und in sehr klaren Worten auf dies Versäumnis hingewiesen. Dabei wird die Sprache zunehmend strenger und der Ausschuss bedient sich dann der Sprache der Rechtsverletzungen, und dies mögen die Staaten nicht. Denn sie fürchten das öffentliche, internationale und nationale „*naming and shaming*“ doch sehr. Kein Staat steht gerne am Pranger.
- e) Es gibt auch leider noch eine Reihe von Staaten, die überhaupt noch keinen Bericht zur WSK-Menschenrechtslage abgeliefert haben. Dazu gehörte bis vor einiger Zeit auch Brasilien. Eine NGO-Allianz, bestehend aus über 1500 Nichtregierungsorganisationen (NGOs), hatte mit finanzieller Unterstützung der Franziskaner einen „Schattenbericht“ von 600 Seiten erstellt, den sie dem Ausschuss überreichen wollten, da die Regierung weiterhin nichts unternahm¹⁶. Nach den Zuständigkeitsregeln konnte der Ausschuss aber nicht offiziell tätig werden, weil er nur für den Staatendialog eingesetzt ist. Stattdessen wurde aber ein inoffizielles Treffen mit Ausschussmitgliedern organisiert, bei dem der Schattenbericht ausführlich präsentiert wurde. Auf Drängen der Ausschussmitglieder wurde aber ein Mitglied der Genfer Ständigen Vertretung Brasiliens hinzu geladen, und dies führte dazu, dass die brasilianische Regierung dann 18 Monate später ihren ersten Bericht

16 „Schattenberichte“, oder besser „Parallelberichte“ oder „Alternativberichte“ der NGOs, gehen zumeist auf die Regierungsberichte detailliert ein, weil sie den Regierungsbericht oft für zu beschönigend halten oder dass der Regierungsbericht wichtige Menschenrechtsfragen ganz ausspart.

abließerte. Dies zeigt schon, wie kreativ nationale und internationale NGOs sind. Es zeigt sich in der UN-Praxis, dass die Ausschüsse ohne den fundierten und substantiellen Beitrag der NGOs ihre Arbeit nicht adäquat erfüllen könnten. Dies ist auch ein Feld, auf dem Studierende und Graduierte eine wichtige Rolle spielen können.

- f) Daneben widmet sich der Ausschuss wie alle übrigen Vertragsorgane der Abfassung der bereits genannten Allgemeinen Kommentare, mit denen die Dialogpraxis über die Jahre zusammenfasst wird, um damit den Staaten neben Leitlinien auch Anhaltspunkte für konkrete Berichtspflichten bei den einzelnen Paktrechten zu bieten. Dies hilft auch den NGOs und letztlich auch den Ausschussmitgliedern selbst bei der Interpretation der oft abstrakt formulierten Paktspflichten. Denn das Spektrum der Rechte ist groß, und nicht jedes Mitglied ist Experte für sämtliche Rechte. Zur Vorbereitung und vor Abschluss eines *General Comment* führt der Ausschuss dann meist noch einen „*Day of general discussion*“ durch, bei dem die Kernfragen und strittige Punkte in öffentlicher Sitzung erörtert werden, ehe dann der *General Comment* vom Ausschuss in nicht-öffentlicher Sitzung verabschiedet wird. Zuletzt verabschiedet wurde der *General Comment* Nr. 24 über Staatenverpflichtungen nach dem Sozialpakt im Kontext von Wirtschaftsaktivitäten. Parallel dazu hat der MRR eine intergouvernementale Arbeitsgruppe zur Verantwortlichkeit von transnationalen Wirtschaftsunternehmen eingerichtet¹⁷. Dabei tauchen viele neue Probleme auf, denen hier aber nicht weiter nachgegangen werden kann.

3. Ergebnis

Betrachtet man nun die Ergebnisse dieses Ausschussverfahrens, so ist die Bilanz doch recht ernüchternd: Die Abschließenden Bemerkungen und *General Comments* werden von den Staaten entgegengenommen und an die zuständigen Ministerien zuhause weitergeleitet, wo sie oft in Schubladen verschwinden, bis der nächste Bericht fällig ist.

Aber das ist nicht immer so: Gelegentlich gelingt es NGOs und nationalen Menschenrechtsinstitutionen wie dem Deutschen Institut für Menschenrechte in Berlin, auf gerügte Missstände in den Massenmedien und im Parlament hinzuweisen, und stoßen damit eine Reformdiskussion an, die durchaus erfolgreich sein kann. So etwa wurde in Deutschland ein Kontrollsystem für privat organisierte Altersheime geschaf-

17 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, UN Doc. A/HRC/Res. 26/9, 26.6.2014, report on 1st session, A/HRC/31/50, 6.-10.7.2015; 2nd session A/HRC/34/47, 24.-28.10.2016.

fen, nachdem der Ausschuss das Fehlen solcher Kontrollen gerügt und Abhilfe eingefordert hatte.

Mit der Schaffung des *Universal Periodic Review*-Verfahrens (UPR) im Menschenrechtsrat (MRR) ist eine Intensivierung der Debatte eingeleitet worden. Sämtliche Staaten, auch diejenigen, die den Menschenrechtsverträgen nicht beigetreten sind, müssen nun regelmäßig im intergouvernementalen Kontext Rede und Antwort stehen. Der MRR erlässt dann Empfehlungen, denen die Staaten zustimmen können, die sie offiziell ablehnen oder über die sie sich weiter Gedanken machen wollen – eine diplomatische Version von Ablehnung! Diese Ablehnungsmöglichkeiten stellen m.E. einen ersten, echten Rückschritt im internationalen Menschenrechtsschutzsystem dar.

Außerdem rückt das internationale öffentliche Interesse weg von den voll verbindlichen Vertragspflichten hin zu zwar wichtigen politischen und ethischen Verpflichtungen, wodurch aber keine Verbesserung des Menschenrechtsschutzsystems erreicht wird. Zudem wird durch die Politisierung in den zwischenstaatlichen Debatten oft ein sehr hoher Abstraktionsgrad erreicht, der zwar ein gutes Wertespektrum spiegelt, den betroffenen Individuen aber nur wenig Konkretes bietet. Die Flucht in solche Makro-Überlegungen verdeckt oder gelegentlich sogar vereitelt echte Menschenrechtsverbesserungen: So schön es ist, sich über extreme Armut oder Entwicklung als Menschenrecht abstrakt zu einigen, so wenig konkrete Folgerungen ergeben sich daraus aber bislang für die betroffenen Individuen. Kritiker sagen deshalb wohl zu Recht: die UN bieten normativ inzwischen zu viel des Guten (statt vieler Alston 1984). Die messbaren, konkreten Menschenrechtsverletzungen auf der Mikro-Ebene zerbröseln dabei unmerklich. Es gibt vielleicht inzwischen zu viel und zu sehr Wenigem Verpflichtendes auf der Durchsetzungsebene, was den Staaten aber gerade recht ist. Konkrete Schritte würden legislative oder administrative Umsetzung voraussetzen, und dazu sind viele Staaten kaum bereit. Rein politische Menschenrechtsresolutionen verpflichten zu wenig Konkretem, können in Sonntagsreden zitiert werden, ändern an der Menschenrechtssituation in den einzelnen Staaten aber nur wenig.

Was der Menschenrechtsbereich verlangt, ist Vertiefung bestehender Verpflichtungen, statt immer neuer Normen. Vielleicht ist nach einem halben Jahrhundert Menschenrechtspraxis in der UNO eine Rückbesinnung auf die klaren und verständlichen Normen der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948 und der beiden UN-Pakte von 1966 das Gebot der Stunde. Die politische Tendenz geht aber leider in eine andere, von Rechtspolitik gekennzeichnete Richtung.

Als Ergebnis möchte ich deshalb festhalten: Der vertragsrechtliche Menschenrechtsschutz auf internationaler Ebene bildet nach wie vor den „Goldstandard“ des Schutzes

und stellt deshalb sehr wohl das Beste der Menschenrechtsbewegung dar. Alle übrigen Versuche, den Menschenrechtsschutz zu verbessern sind löblich, gelegentlich aber auch kontraproduktiv. Einer immer stärkeren Politisierung der Menschenrechte sollte widerstanden werden. Am Ende des Tages zählt nur, ob und wie der Schutz von Individuen, Gruppen und Völkerschaften verbessert wird. Zu Recht sind die UN-Pakte zusammen mit der Allgemeinen Menschenrechtserklärung als die Kronjuwelen des internationalen Menschenrechtsschutzes bezeichnet worden, auf die künftig das Hauptaugenmerk gerichtet werden sollte.

Literatur

- Abraham, Meghna 2007: *Building the New Human Rights Council*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Occasional Paper Nr. 33, August 2007, Genf.
- Albuquerque, Catarina de 2005: A Complaints Procedure for Violations of Economic, Social and Cultural Rights: The Optional Protocol, in: CIDESC (ed.): *Globalization and the Future of Economic, Social and Cultural Rights*, Lissabon, 24.-26. November 2005, Lissabon, 161-171.
- Alston, Philip 1984: Conjuring up New Human Rights. A Proposal for Quality Control, in: *American Journal of International Law* 78, 607-621.
- Hannum, Hurst 1995/96: The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law, in: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25, 287-392.
- Humphrey, John P. 1979: The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character, in Ramcharan, Bertrand G. (ed.): *Human Rights. Thirty Years after the Universal Declaration*, Den Haag, 21-37.
- Krisch, Nico 1999: Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Iraq and the Security Council, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 3, 59-103.
- Pillay, Navanethem 2012: *Strengthening the United Nations human rights treaty body system. A report by the United Nations High Commissioner for Human Rights*, United Nations Office of the High Commissioner, Geneva.
- Riedel, Eibe 1986: *Theorie der Menschenrechtsstandards*, Berlin.
- Riedel, Eibe 1991: Standards and Sources: Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?, in: *European Journal of International Law*, Vol. 2, Issue 1, 58-84.
- Riedel, Eibe 2003: *Die Universalität der Menschenrechte*, Berlin.
- Riedel, Eibe 2004: International Law Shaping Constitutional Law, in: ders. (ed.): *Constitutionalism – Old Concepts, New Worlds*, Berlin, 105-121.
- Riedel, Eibe 2005: Allgemeine Bemerkungen zu Bestimmungen des Internationalen Paktes über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte der Vereinten Nationen in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.): *Die „General Comments“ zu den UN-Menschenrechtsverträgen*, Berlin, 160-171.
- Riedel, Eibe 2005a: The Human Right to Water, in: Dicke, Klaus et al.: *Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin 585-696.

- Riedel, Eibe 2011: New Bearings in Social Rights? The Communications Procedure under the ICESCR, in: Fastenrath, Ulrich et al. (eds.): *From Bilateralism to Community Interst: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 574-589.
- Riedel, Eibe 2013: Global Human Rights at the Crossroads, in: Breuer, Marten et al. (Hrsg.): *Der Staat im Recht, Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1289-1306.
- Riedel, Eibe 2014: Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict, in: Clapham, Andrew/Gaeta, Paola (eds.): *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 441-468.
- Riedel, Eibe 2016: Reflections on the UN-Human Rights Covenants at Fifty, in: *Archiv des Völkerrechts* 54, 132-152.
- Riedel, Eibe/Rothen, Peter (eds.) 2006: *The Human Right to Water*, Berlin.
- Schneider, Jan 2004: *Die Justiziabilität der Menschenrechte wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- Steiner, Henry J./Alston, Philip /Goodman, Ryan 2008: *International Human Rights in Context*, 3. Aufl. 2008.



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

K. Peter Fritzsche, Peter G.
Kirchschläger, Thomas Kirchschläger

Grundlagen der Menschenrechtsbildung

Die Autoren untersuchen die normativen, kritischen und transformativen Eckpfeiler der Menschenrechtsbildung. Im Lichte der Leitidee der „Kultur der Menschenrechte“ diskutieren sie neue Gestaltungsmöglichkeiten von Bildungsprozessen. Im Vergleich mit benachbarten Bildungsansätzen werden sowohl Alleinstellungsmerkmale offengelegt als auch solche Gemeinsamkeiten benannt, die eine stärkere Zusammenarbeit nahelegen.

Das Buch unterstützt alle in der Bildung Tätigen dabei, in ihrer Arbeit den Bezug zu den Menschenrechten herzustellen. Es bietet die Grundlage zur lebendigen Ausgestaltung der Menschenrechtsbildung in der täglichen Bildungspraxis.

Menschenrechte



ISBN 978-3-7344-0398-9
232 S., € 25,80

Aus dem Inhalt

Begründen, analysieren, verändern – ein disziplinübergreifender Blick auf die Menschenrechtsbildung • Menschenrechte in ihrer rechtlichen Dimension und die Rolle der Menschenrechtsbildung • Menschenrechtsbildung: Normativität, Universalität und Diversität • Kultur der Menschenrechte – Was wir darunter verstehen, warum wir sie brauchen und wie wir sie durch Bildung (mit)gestalten können • Kinderrechtsbildung • Inklusive Bildung als Beitrag zu einer Kultur der Menschenrechte • Benachbarte Bildungsansätze und ihr Verhältnis zur Menschenrechtsbildung (Politische Bildung, Friedensbildung, Werteerziehung, Holocaust Education u. a.) • Implizite Menschenrechtsbildung: Defizit- oder Ressourcenperspektive • Menschenrechtsbildung im Wandel – Menschenrechtsbildung für den Wandel

www.wochenschau-verlag.de



[www.facebook.com/
wochenschau.verlag](https://www.facebook.com/wochenschau.verlag)



@wochenschau-ver

Adolf-Damaschke-Str. 10, 65824 Schwalbach/Ts., Tel.: 06196/86065, Fax: 06196/86060, info@wochenschau-verlag.de

Elisabeth Greif

Die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) – Ein dynamisches Instrument zum Schutz der Menschenrechte (nur?) von Frauen¹

1. Frauenrechte als Menschenrechte

Der Pakt über bürgerliche und politische Rechte² und der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³ verankerten 1966 erstmals auf völkerrechtlicher Ebene ein Diskriminierungsverbot – unter anderem aufgrund des Geschlechts – sowie ein Gebot, die Gleichberechtigung von Frauen und Männern bei der Ausübung und dem Genuss von Menschenrechten sicherzustellen. Allerdings wurde den Gleichheitsgarantien der beiden Menschenrechtspakte bis zur Jahrtausendwende ein rein formales Gleichheitsverständnis unterstellt. Dieses verlangt symmetrische Gleichheit, also die gleiche Behandlung von Personen in vergleichbaren Situationen. Dass auch Ungleichbehandlungen diskriminierend sind, die auf Geschlechterstereotypen beruhen, wurde dagegen noch nicht erkannt (Rudolf 2014: 31 ff.). Dem Pakt über bürgerliche und politische Rechte wurde ursprünglich ein liberales Verständnis zugrunde gelegt, das Menschenrechte vor allem als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen begreift.⁴ Im Fokus stand vornehmlich der Schutz des Aktivbürgers vor staatlicher Verfolgung. Der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte garantiert zwar gleiche Arbeitsbedingungen und gleichen Lohn ohne Unterschied des Geschlechts: Ein – über formale Gleichheit hinausgehendes – materielles Verständnis von Gleichheit erkannten die Ausschüsse der beiden Pakte jedoch erst ab der Jahrtausendwende an.⁵

1 Ich danke Silvia Ulrich für umfangreiche Diskussionen zu diesem Beitrag sowie Anuscheh Farahat und Ines Rössl für wertvolle Hinweise.

2 International Covenant on Civil and Political Rights, 16. 12. 1966, 999 UNTS 171.

3 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. 12. 1966, 993 UNTS 3.

4 Im Hinblick auf den Pakt über bürgerliche und politische Rechte wird mittlerweile neben Abwehrrechten auch von Schutz- und Gewährleistungspflichten, im Hinblick auf den Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte neben Gewährleistungspflichten auch von Unterlassungs- und Schutzpflichten ausgegangen (Krennerich 2012: 173 ff.).

5 CCPR, General Comment No. 28, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 20.3.2000; CESCR, General Comment No. 16, E/C.12/2005/3, 13.5.2005.

Der Schutzgehalt und die Effektivität von Menschenrechten für Frauen blieben daher lange Zeit begrenzt: Während sich der menschenrechtliche Schutz in der öffentlichen Sphäre als der Domäne des Politischen voll entfalten sollte, wurde das „Private“, Familiäre und Intime gegenüber staatlicher Einflussnahme weitgehend abgeschirmt (Holzleithner 2016: 111). Es fehlte auf Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes an entsprechenden Instrumenten für eine effektive Bekämpfung jener Formen von Diskriminierung und Gewalt, denen vor allem Frauen und Mädchen in dem ihnen zugeschriebenen „genuin weiblichen“ Bereich des Privaten ausgesetzt waren und sind. Erst das vereinte Zusammenwirken von Frauenorganisationen, Einzelpersonen und Vertreterinnen und Vertretern einzelner Staaten verhalf der Ausarbeitung einer eigenständigen Erklärung zum Schutz der Menschenrechte von Frauen und zur Bekämpfung der Diskriminierung von Frauen auf die Agenda der Vereinten Nationen. Anlässlich der Ersten Weltfrauenkonferenz der Vereinten Nationen in Mexiko 1975 wurde die Vorbereitung und Verabschiedung eines Übereinkommens beschlossen, das sich ausschließlich den Menschenrechten von Frauen und der Beseitigung jeder Form der Diskriminierung von Frauen widmet. Das Ergebnis dieser Arbeiten ist die 1979 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedete *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW) (Schläppi/Wytenbach/Ulrich 2015: 6 ff.).

Die CEDAW wird häufig als „Magna Charta der Frauenrechte“ bezeichnet. Sie ist insofern ein einzigartiges Instrument des Menschenrechtsschutzes, als sie die Lebensrealitäten und Diskriminierungserfahrungen von Frauen und Mädchen in den Mittelpunkt rückt. Darüber hinaus stellt sie das bislang erste und einzige Menschenrechtsdokument dar, das die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, auf die Veränderung von gesellschaftlichen Einstellungen und kulturell bedingten Verhaltensweisen hinzuwirken, die auf Geschlechterstereotypen beruhen (Art. 2; Art. 5; Schöpp-Schilling 2014: 80). Die Konvention kann hinsichtlich der Anzahl der Vertragsstaaten als eines der erfolgreichsten Menschenrechtsdokumente gelten. 189 Staaten haben die CEDAW bisher unterzeichnet und ratifiziert. Nicht unterzeichnet haben unter anderem der Vatikan, Iran und Somalia. Die USA und Palau haben die CEDAW zwar unterzeichnet, aber (noch) nicht ratifiziert. Der hohen Anzahl an Ratifikationen stehen allerdings zahlreiche völkerrechtliche Vorbehalte gegenüber, durch die einzelne Vertragsstaaten wesentliche Garantien der Konvention – vor allem unter Berufung auf kulturelle Differenzen oder zwingendes religiöses Recht – für nicht bindend erklärt haben (Connors 2012: 565 ff.).⁶

6 Eine Übersicht jener Staaten, die die CEDAW ratifiziert haben, sowie die jeweiligen völkerrechtlichen Vorbehalte, finden sich hier https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en, Stand: 12. Juni 2017.

Der folgende Beitrag skizziert zunächst den Inhalt der Konvention und ihre wesentlichsten Ziele. Im Anschluss daran wird dargestellt, welche Instrumente dem CEDAW-Komitee als Vertragsausschuss⁷ zur Überwachung der Umsetzung der Konventionsverpflichtungen in den Vertragsstaaten zur Verfügung stehen (2). Das Komitee spielt eine wichtige Rolle bei der Auslegung und Fortentwicklung der Konvention: Bei seinen Ansichten handelt es sich zwar nicht um völkerrechtliche Rechtsquellen, dennoch können sie im Rahmen der Staatenpraxis hohe Relevanz erlangen. Dass die Interpretationspraxis zur CEDAW auch in regionale und nationale Systeme des Menschenrechtsschutzes ausstrahlt, zeigt insbesondere die Erstreckung des sachlichen Anwendungsbereichs der Konvention auf den Schutz vor Gewalt gegen Frauen als Erscheinungsform geschlechtsspezifischer Diskriminierung (3). Nicht nur hinsichtlich der von der Konvention erfassten Sachmaterien, auch mit Blick auf den durch die Konvention geschützten Personenkreis ergeben sich wichtige Möglichkeiten einer Erweiterung des menschenrechtlichen Schutzes: Vor allem Menschenrechte, die sexuelle Orientierung und/oder Geschlechtsidentität als menschenrechtlich relevante Dimensionen berücksichtigen (im Folgenden: LGBTI*-Menschenrechte⁸) – werden zunehmend (auch) unter Berufung auf die CEDAW verhandelt (4). Welche Schwierigkeiten mit einer Fokussierung ausschließlich auf Menschenrechte von Frauen und Mädchen verbunden sein können (4.1) und welche Ansätze zur Ausdehnung des personellen Anwendungsbereichs der CEDAW vertreten werden (4.2), stellt der letzte Teil des Beitrags dar. Er untersucht außerdem, wie es um die Anerkennung von LGBTI*-Menschenrechten in der Auslegungspraxis des Komitees bisher bestellt ist und wie eine entsprechende Weiterentwicklung des geschützten Personenkreises dogmatisch an den Konventionstext angebunden werden könnte (4.3).

2. Inhalt der Konvention und Überwachung der Umsetzung

Die ersten fünf Artikel der CEDAW enthalten allgemeine Bestimmungen, allen voran den Diskriminierungsbegriff der Konvention. Dieser ist denkbar weit gefasst: Die Konvention verbietet jegliche Form der direkten Diskriminierung von Frauen, ermög-

7 Im Folgenden: Komitee. Die deutsche und die Schweizer Übersetzung der CEDAW verwenden den Begriff: Ausschuss.

8 LGBTI* ist die Abkürzung der englischen Begriffe lesbian, gay, bisexual, trans* und inter*. Trans* steht für Menschen, die sich nicht dem Geschlecht zugehörig fühlen, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Inter* bezeichnet Menschen, die Geschlechtsmerkmale jenseits zweigeschlechtlicher Normen von Mann und Frau haben. Das Asterisk markiert die Nichtabgeschlossenheit von Identitätskonzepten.

licht durch den Fokus auf die „diskriminierenden Folgen“ (Art. 1) einzelner Akte aber auch, indirekte und strukturelle Diskriminierungen zu erfassen. Dem materiellen Gleichheitsverständnis der CEDAW entspricht es außerdem, dass vorübergehende Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung der „De-Facto-Gleichberechtigung“ (Art. 4) von Mann und Frau keine bloßen Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot darstellen. Sie werden vielmehr als notwendige Strategie zur Sicherstellung der tatsächlichen Gleichstellung verstanden. Wo strukturelle Benachteiligungen von Frauen bestehen, sind die Vertragsstaaten daher verpflichtet, entsprechende Sondermaßnahmen zu ergreifen. Ist das angestrebte Gleichstellungsziel erreicht, müssen die Sondermaßnahmen aufgehoben werden. Für die Vertragsstaaten ergeben sich aus der CEDAW drei zentrale Staatenverpflichtungen (Art. 2 und 3): Sie müssen die gesamte Rechtsordnung diskriminierungsfrei ausgestalten und Gesetze diskriminierungsfrei vollziehen (Achtungspflicht) sowie den Schutz vor Diskriminierung durch Private sicherstellen und alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um Frauen und Mädchen vor privaten Verletzungshandlungen und diskriminierender Benachteiligung zu schützen (Schutzpflicht). Außerdem müssen die Staaten Frauen den gleichberechtigten Genuss der Rechte in der Realität gewährleisten (Gewährleistungspflicht).

Eine wesentliche Ursache für die Hierarchie der Geschlechter stellen geschlechtsspezifische Vorurteile und Geschlechterstereotype dar. Sie schränken Frauen – aber auch Männer – in ihren Entfaltungsmöglichkeiten ein, indem sie etwa Bildungs- und Berufswahl beeinflussen oder Chancen am Arbeitsmarkt beeinträchtigen (Holzleithner 2015: 448 ff.). Darüber hinaus dienen stereotype Vorstellungen häufig als „Rechtfertigung“ menschenrechtswidriger und gewaltvoller Praktiken (Cook/Cusack 2010). Zu den zentralen Anliegen der Konvention zählt es daher, derartige Vorurteile und Stereotype zu bekämpfen (Art. 5). Zusammengefasst verfolgt die Konvention folgende Hauptziele: Die völlige rechtliche Gleichstellung von Frauen und Männern, die Beförderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und die Beseitigung der kulturellen und sozialen Wurzeln der Geschlechterungleichheit.⁹

Die CEDAW schützt unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit alle Frauen und Mädchen, die sich in einem Vertragsstaat aufhalten. Auch Migrantinnen, Asylwerberinnen und staatenlose Frauen sind vom personellen Anwendungsbereich der Konvention erfasst. Der sachliche Anwendungsbereich der Konvention erfasst sämtliche Diskriminierungen, die Frauen an der gleichberechtigten Ausübung ihrer Rechte hindern. Das Diskriminierungsverbot der CEDAW stellt eine Querschnittsaufgabe

9 CEDAW, General Recommendation No. 25 (2004).

dar. Es beschränkt sich weder auf eine bestimmte Ebene, noch auf einen bestimmten Bereich, sondern betrifft das politische und öffentliche Leben, das Arbeits- und Wirtschaftsleben, Bildung, Gesundheit, Staatsangehörigkeit, Soziales, wirtschaftliche Unabhängigkeit, Sport, Kultur, Ehe- und Familienleben (Art. 6-16). Die inhaltlichen Garantien und Gewährleistungen erstrecken sich auf gleiches Wahlrecht, gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern auf nationaler und internationaler Ebene, freie Berufswahl und das Verbot der Diskriminierung im Arbeitsleben ebenso wie auf gleichen Zugang zu Gesundheitsdiensten, die Bereitstellung von entsprechender medizinischer Versorgung – insbesondere im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt –, die Gleichheit vor dem Gesetz, gleiche Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie Niederlassungsfähigkeit und Freizügigkeit, Gleichheit im Ehe- und Familienrecht und die Berücksichtigung der besonderen Probleme von Frauen in ländlichen Regionen.

Ein eigener Vertragsausschuss aus 23 unabhängigen Sachverständigen – das so genannte CEDAW-Komitee – überwacht die Einhaltung der Garantien der CEDAW durch die Vertragsstaaten. Bei der Auswahl der Mitglieder des Komitees ist neben der fachlichen Eignung vor allem auf Diversität zu achten: Die Mitglieder sollen unterschiedliche geografische Regionen, verschiedene „Zivilisationsformen“ und die wichtigsten Rechtssysteme repräsentieren (Art. 17).¹⁰ Zur umfassenden Expertise des Komitees trägt außerdem bei, dass die Mitglieder sowohl unterschiedlichen Fachrichtungen als auch unterschiedlichen gesellschaftlichen Schichten entstammen (Schöpp-Schilling 2014: 355 ff.).

Zu den zentralen Aufgaben des CEDAW-Komitees zählt das in regelmäßigen Abständen stattfindende Staatenmonitoring. Alle vier Jahre müssen die Vertragsstaaten den Stand der Umsetzung der Konvention selbst evaluieren und darüber an das Komitee berichten. Diese Staatenberichte werden meist durch so genannte „Schattenberichte“ von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) ergänzt. Zivilgesellschaftliche Schattenberichte stellen nicht nur ein wichtiges Korrektiv zu den offiziellen Berichten dar. Durch ihr Engagement und ihre Berichtstätigkeit können NGOs auch einen wesentlichen Beitrag zur Fortentwicklung der Konventionsrechte leisten (dazu unten; Dariam 2014: 438 ff., Merry 2006: 38 ff.). Ergebnis des dialogischen Monitoringprozesses, der zwischen dem Komitee und einer Delegation des jeweiligen Vertragsstaates auf Basis des offiziellen Staatenberichtes und der Schattenberichte stattfindet, sind die

10 Das CEDAW-Komitee war von Anfang an vorrangig mit Frauen besetzt. Eine aktuelle Liste der Mitglieder inklusive ihrer jeweiligen Herkunftsländer findet sich auf www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Membership.aspx, Stand: 12. Juni 2017.

concluding observations. Sie setzen sich mit den im Vertragsstaat erzielten Umsetzungsfortschritten, aber auch den weiterhin bestehenden Defiziten auseinander und enthalten konkrete Empfehlungen für künftige Maßnahmen (Schöpp-Schilling 2014: 361 f.). Neben den an einzelne Staaten gerichteten *concluding observations* formuliert das Komitee in seinen *general recommendations* auch allgemein gehaltene Hinweise. Sie haben keine konkrete Staatenpraxis oder im Einzelnen bestehende Umsetzungsdefizite zum Inhalt, sondern dienen allen Vertragsstaaten als Anleitung für die Auslegung der Konvention bzw. einzelner Konventionsbestimmungen.¹¹

Durch das In-Kraft-Treten des Fakultativprotokolls zur CEDAW im Jahr 2002 wurden die Kontrollkompetenzen des Komitees erheblich erweitert. Frauen und Mädchen können sich nun in einem Mitteilungsverfahren mit einer Beschwerde an das Komitee wenden, wenn sie sich durch einen Vertragsstaat in einem Konventionsrecht verletzt erachten. Nachdem das Komitee den Vertragsstaat zur Stellungnahme aufgefordert hat, prüft es die Beschwerde und teilt das Ergebnis dieser Prüfung dem Vertragsstaat als *views* mit. Neben Empfehlungen zur Wiedergutmachung können *views* auch allgemeine Vorschläge zur Beseitigung struktureller Ursachen von Konventionsverletzungen enthalten. Eine Bindungswirkung wie etwa bei einem Urteil ist damit jedoch nicht verbunden.¹² Liegen dem CEDAW-Komitee zuverlässige Hinweise auf schwere oder systematische Menschenrechtsverletzungen in einem Vertragsstaat vor, kann es außerdem von sich aus ein Untersuchungsverfahren gegen den betreffenden Staat einleiten. Damit kann das Komitee auf konkrete Rechtsverletzungen aus eigenem Antrieb reagieren, ohne eine Beschwerde betroffener Frauen oder ein Staatenberichtsverfahren abwarten zu müssen. Insgesamt hat das CEDAW-Komitee bisher drei Untersuchungsverfahren durchgeführt. Sie hatten die hohe Rate ungeklärter Frauenmorde und Vermisstenfälle im Norden Mexikos, die hohe Zahl an unangeklärten Morden und vermissten indigenen Frauen in Kanada und die strenge Abtreibungsgesetzgebung zusammen mit dem mangelnden Zugang von Frauen zu modernen Verhütungsmethoden auf den Philippinen zum Gegenstand.¹³ Sowohl Mitteilungs- als auch Untersuchungsverfahren sind nur gegen Vertragsstaaten der Konvention möglich, die auch dem Fakultativprotokoll beigetreten sind. Dies sind bislang 109 Staaten. Vier

11 Bisher hat das Komitee 35 general recommendations verfasst. Diese finden sich auf www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx, Stand: 28. August 2017.

12 Das Komitee hat bisher 16 Mitteilungen in der Sache entschieden und 17 Mitteilungen als unzulässig zurückgewiesen. Die Mehrzahl der vom Komitee erledigten Mitteilungen stammte aus europäischen Ländern. Ein statistischer Überblick findet sich auf www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CEDAWIndex.aspx, Stand: 10. Juni 2017.

13 CEDAW/C/2005/OP.8/Mexico; CEDAW/C/OP.8/CAN/1; CEDAW/C/OP.8/PHL/1.

Vertragsstaaten (Bangladesch, Belize, Kolumbien, Tadjikistan) haben von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, das Untersuchungsverfahren durch *opting out* auszuschließen.¹⁴

Weder bei den *concluding observations* noch bei den *general recommendations*, den *views* oder den Ergebnissen eines Untersuchungsverfahrens durch das CEDAW-Komitee handelt es sich um Rechtsquellen des allgemeinen Völkerrechts. Sie sind daher in diesem Sinne rechtlich nicht verbindlich. Allerdings nimmt das Komitee in den einzelnen Dokumenten auch zu wesentlichen Auslegungsfragen im Zusammenhang mit der Konvention Stellung. Es erläutert die Bedeutung der einzelnen Konventionsbestimmungen und der sich daraus ergebenden Staatenverpflichtungen und trägt zu ihrer Weiterentwicklung bei. Wird die Interpretationspraxis des Komitees von den Vertragsstaaten oder anderen internationalen Organisationen und Einrichtungen aufgegriffen, kann sich diese zu einer *subsequent practice* verdichten, die für die künftige Auslegung und Anwendung der Konvention relevant ist (Schläppi/Wyttenbach/Ulrich 2015: 47 f., Chinkin/Freeman 2012: 23 f.).

3. Gewalt gegen Frauen als geschlechtsspezifische Diskriminierung

Die CEDAW zielt nicht nur auf die Beseitigung der Benachteiligung von Frauen durch individuelle Akte. Vielmehr adressiert die Konvention gesamthaft rechtliche und gesellschaftliche Strukturen, die Frauen diskriminieren. Außerdem stellt die CEDAW ein dynamisches Instrument zum Schutz der Menschenrechte von Frauen dar: Die Benachteiligung von Frauen kann sich im Lauf der Zeit verändern und neue Erscheinungsformen annehmen. Dementsprechend kann sich auch der Anwendungsbereich der Konvention weiterentwickeln. Daraus können neue Staatenverpflichtungen entstehen. Die dynamische Auslegung stößt dort an die Grenze, wo sie zu einer Änderung der Konvention führen würde (Elsuni 2011: 67 ff., Reindel 1995: 54). Eine dynamische Weiterentwicklung der Garantien nimmt das CEDAW-Komitee etwa vor, wenn es in seinen *general recommendations* auf Formen von Diskriminierung Bezug nimmt, die im Text der Konvention selbst nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich genannt sind. Beispiele dafür sind die Qualifizierung von Eingriffen in die physische Integrität von Frauen durch *female genital cutting/mutilation* als Diskriminierung oder die Be-

¹⁴ Eine Übersicht über die Staaten, die das Fakultativprotokoll ratifiziert haben, findet sich hier https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&clang=_en, Stand: 12. Juni 2017. Kuba hat das Fakultativprotokoll unter Ausschluss des Untersuchungsverfahrens unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.

rücksichtigung der Diskriminierung von Frauen mit Behinderungen, von Frauen mit HIV/AIDS oder von Frauen, die unbezahlte häusliche Arbeit verrichten.¹⁵

Besondere Bedeutung auf Ebene des internationalen und auch des nationalen Menschenrechtsschutzes erlangte die Klarstellung, dass Gewalt gegen Frauen eine Form der geschlechtsspezifischen Diskriminierung darstellt. Der Konventionstext der CEDAW selbst nennt Gewalt gegen Frauen nur im Zusammenhang mit Frauenhandel und der Ausbeutung der Prostitution (Art 6). Das CEDAW-Komitee setzte sich mit dem Thema Gewalt gegen Frauen erstmalig in seiner *general recommendation* Nr. 12 aus dem Jahr 1989 auseinander.¹⁶ Es betonte, dass die Vertragsstaaten Frauen vor jeglicher Art von Gewalt im Berufsleben und auch in der Privatsphäre schützen müssen. Die entscheidende Präzisierung erfolgte drei Jahre später durch die *general recommendation* Nr. 19:¹⁷ Hier hielt das Komitee fest, dass Gewalt immer dann in den Anwendungsbereich der CEDAW fällt, wenn sie entweder gegen Frauen gerichtet ist, weil sie Frauen sind oder wenn Frauen davon überproportional betroffen sind (Kartusch 2015: 1280 ff., Elsuni 2011: 272 ff.). Zeitgleich erarbeitete die *Commission on the Status of Women* der Vereinten Nationen eine *Declaration on the Elimination of Violence against Women*.¹⁸ Diese Erklärung verwendet den Begriff geschlechtsbasierter Gewalt in gleicher Weise wie das CEDAW-Komitee und beinhaltet ebenfalls eine Verpflichtung zur Beseitigung von staatlicher und privater Gewalt. Das Thema Gewalt gegen Frauen findet sich seither wiederholt in *general recommendations* des Komitees und bildet auch einen fixen Bestandteil des Staatenberichtsverfahrens. Es ist außerdem Gegenstand mehrerer Mitteilungsverfahren sowie der Untersuchungsverfahren gegen Mexiko und gegen Kanada wegen der hohen Anzahl ungeklärter Morde an (indigenen) Frauen. Das CEDAW-Komitee betrachtet Gewalt gegen Frauen als Querschnittsmaterie, die in den Anwendungsbereich sämtlicher Konventionsbestimmungen fallen kann.

15 Vgl. General Recommendation No. 14 (1990), Female circumcision, A/45/38 (und Corrigendum); General recommendation No. 15 (1990), Avoidance of discrimination against women in national strategies for the prevention and control of acquired immunodeficiency syndrome (AIDS), A/45/38; General Recommendation No. 16 (1991), Unpaid women workers in rural and urban family enterprises, A/46/38; General Recommendation No. 17 (1991), Measurement and quantification of the unremunerated domestic activities of women and their recognition in the gross national product, A/46/38; General Recommendation No. 18 (1991) Disabled women, A/46/38.

16 General Recommendation No. 12 (1989), Violence against women, A/44/38.

17 General Recommendation No. 19 (1992), Violence against women, A/47/38. Aktualisiert durch General Recommendation No. 35 (2017), on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35.

18 A/RES/48/104, 20.12.1993.

Diese dynamische Fortentwicklung der CEDAW im Hinblick auf das Verständnis von Gewalt gegen Frauen als Form von geschlechtsspezifischer Diskriminierung hat auch Eingang in die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gefunden. In seinem Urteil *Opuz/Türkei* hat der Gerichtshof die Verweigerung von staatlichem Schutz bzw. eine ineffektive Strafverfolgung bei Gewaltakten gegen Frauen unter anderem unter Berufung auf die Auffassung des CEDAW-Komitees als geschlechtsspezifische Diskriminierung eingestuft.¹⁹ Dabei hielt der Gerichtshof fest, dass vor allem Frauen von häuslicher Gewalt betroffen sind. Unterlassen es die staatlichen Behörden, gegen diese Form von Gewalt entsprechende Abhilfe zu schaffen, stellt dies eine Form von geschlechtsspezifischer Gewalt und damit einen Verstoß gegen das (akzessorische) Diskriminierungsverbot des Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention dar. Das vom CEDAW-Komitee entwickelte Verständnis von Gewalt gegen Frauen als Menschenrechtsverletzung und Diskriminierung von Frauen liegt auch der 2011 vom Europarat beschlossenen *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* („Istanbul-Konvention“)²⁰ zugrunde (Ulrich 2013: 12 f.).

4. Eine Frage des Subjekts? LGBTI*-Menschenrechte im Lichte der CEDAW

Das Ziel der CEDAW, nämlich die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung von Frauen, ist weltweit noch nicht erreicht. Selbst dort, wo die Idee von „Frauenrechten als Menschenrechten“ bereits im Mainstream angelangt ist, bleibt ihre konkrete Umsetzung häufig prekär und drohen Diskriminierungsverbote vor allem in Krisenzeiten mitunter zu erodieren. Permanente gesellschaftliche Veränderungen stellen die CEDAW außerdem immer wieder vor neue Herausforderungen. Diese reichen von den grundsätzlichen Schwierigkeiten, universelle Menschenrechtsideen in nationale und lokale Praktiken zu „übersetzen“ (Levitt/Merry 2011, 81 ff., Merry 2006), bis hin zu konkreten Fragen danach, ob und wie ein Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes zur Anerkennung und zum Schutz der Rechte von Frauen in Post-Konflikt-Staaten beitragen kann (Campbell/Swenson 2016: 112). Angesichts sich ausbreitender Krisenherde, zunehmender Migrationsbewegungen und immer vehementer geführter Debatten um unterschiedliche Religionen und Traditionen droht

19 EGMR 9.6.2009, 333401/02, *Opuz/Turkey*, para 186 f.

20 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. 5. 2011, SEV Nr. 210.

die Berufung auf „Frauenrechte“ mancherorts überdies als Instrument eines globalen Kulturkampfes missbraucht zu werden (Lembke 2014: 194 ff.).

Die Vorstellung, Frauenrechte und Verbote der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts seien in westlichen Gesellschaften bereits „angekommen“, während sie an anderen Orten erst errungen werden müssten, liefert allerdings ein verzerrtes Bild. Nicht nur Vertragsstaaten des globalen Nordens, sondern auch das CEDAW-Komitee legen mitunter große Zurückhaltung an den Tag, wenn es etwa um die Anerkennung von Diskriminierung geht, die neben dem Geschlecht noch weitere persönliche Merkmale wie (die Zuschreibung von) ethnischer Herkunft, Religion oder Behinderung betrifft (intersektionelle Diskriminierung). Auch ein erweitertes Verständnis von Geschlecht, das nicht auf Differenzen zwischen Frauen und Männern beschränkt ist, sondern Aspekte der sexuellen Orientierung und/oder Geschlechtsidentität einschließt und damit die Unrechtserfahrungen von LGBTTI*-Personen ebenso erfassen kann, setzt sich auf Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes nur zögerlich durch (Chebout 2014). Ungeachtet dessen lässt sich seit etwa zwei Jahrzehnten eine verstärkte Tendenz zivilgesellschaftlicher LGBTTI*-Organisationen beobachten, Schutz und Anerkennung von LGBTTI*-Menschenrechten zumindest für lesbische, bisexuelle, Trans*- und Inter*-Frauen²¹ unter Berufung auf die CEDAW einzumahnen. Damit verbindet sich die Frage, wer im Rahmen der CEDAW als Subjekt menschenrechtlicher Gewährleistungen in Betracht kommt und ob der personelle Anwendungsbereich der CEDAW einer dynamischen Weiterentwicklung zugänglich ist.

4.1 DIE CEDAW ALS SEKTORALES MENSCHENRECHTSINSTRUMENT

Die CEDAW ist ein Instrument des sektoralen Menschenrechtsschutzes. Sie schützt nicht schlechthin die Menschenrechte, sondern garantiert nach herkömmlichem Verständnis ausschließlich die Rechte von Frauen und Mädchen. Der personelle Anwendungsbereich der Konvention umfasst damit einen bestimmten Personenkreis, der durch das gemeinsame Merkmal „Frau-Sein“ definiert wird. Umgekehrt sollen die Unrechtserfahrungen von Personen, die keine „Frauen“ sind oder deren „Frau-Sein“ umstritten ist, nicht von der Konvention erfasst werden. Hier tritt eine Schwierigkeit zu Tage, die allen sektoralen Menschenrechtsinstrumenten gemein ist: Personen, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht den Kriterien entsprechen, die sie als

²¹ Zur Bedeutung der Begriffe Trans* und Inter* siehe Fn 5. Trans*Frauen und Inter*Frauen bezeichnet Personen, die sich ungeachtet körperlicher Geschlechtsmerkmale als Frau identifizieren.

„zugehörig“ zum jeweils geschützten Personenkreis ausweisen, bleibt der Schutzanspruch verwehrt. Dies kann zum Beispiel bei Trans*-Frauen zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen, da bei ihnen die juristische Zuordnung zu einem Geschlecht und das Auftreten nach außen divergieren können (Schläppi/Wytenbach/Ulrich 2015: 21).

Seit dem Inkrafttreten der CEDAW hat sich das Verständnis von „Geschlecht“ – und damit auch von „Frauen“ – erweitert. Vor allem die Kritik und die Intervention von *women of color* haben den Blick auch für die Unterschiede geschärft, die zwischen Frauen bestehen (Yuval-Davis 2006). Sie haben deutlich gemacht, dass nicht nur zwischen Frauen und Männern Diskriminierungen stattfinden, die sich für Frauen nachteilig auswirken. So profitieren etwa „weiße“ Frauen mit einem bestimmten ökonomischen Status von der Benachteiligung von sozial schwachen Frauen und *women of color*. Desgleichen erfahren lesbische, bisexuelle oder queere Frauen Diskriminierungen im Verhältnis zu heterosexuellen Frauen (Dietze 2008: 29, 40). Männer, die weiblich konnotierte Handlungs- und Existenzweisen verwirklichen – etwa indem sie Berufe ausüben, die Frauen zugeschrieben werden, Sorgearbeit übernehmen oder intime Beziehungen mit Männern eingehen –, erleben ebenfalls Formen von Benachteiligung, die den Diskriminierungserfahrungen von Frauen ähneln und die in ihrer Intensität von Abwertung bis hin zu physischer Gewalt reichen können. Ursache für diese Benachteiligungen sind geschlechtsspezifische Vorurteile und Rollenstereotype, die mit bestimmten Vorstellungen von „Weiblichkeit“ und „Männlichkeit“ verbunden sind. Geschlechterstereotype basieren auf dichotomen Vorstellungen von Weiblichkeit und Männlichkeit. Ihnen liegt die Annahme zugrunde, dass Frauen und Männer in ihren Fähigkeiten und Potenzialen verschieden sind (Cook/Cusack 2010: 14 ff.) bzw. sich in komplementärer Weise ergänzen. Dadurch tragen Geschlechterstereotype zu gesellschaftlichen Hierarchien bei, lassen individuelle Eigenschaften, Fähigkeiten und Potenziale unberücksichtigt oder unterdrücken sie. Nur wenn diese Stereotype abgebaut werden, lässt sich auch die Diskriminierung von Frauen auf lange Sicht beseitigen.

4.2 ANSÄTZE ZUR ERWEITERUNG DES PERSONELLEN ANWENDUNGSBEREICHS DER CEDAW

In den *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity* haben renommierte Menschenrechtsexpertinnen und -experten dazu angeregt, internationale Menschenrechtsverträge so auszulegen, dass sie auch die Rechte von LGBTI*-Personen erfassen. Die *Yogyakarta*

Principles wurden zwar von einigen Staaten positiv aufgenommen, um ein rechtlich verbindliches Dokument handelt es sich bei den Auslegungsvorschlägen aber nicht (Chebout 2014: 135 f.). Auf internationaler Ebene fehlt es folglich nach wie vor an einem verbindlichen Rechtsinstrument, das explizit Schutz (auch) vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und/oder der Geschlechtsidentität bietet. LGBTI*-Menschenrechtsorganisationen bleiben daher auf Versuche verwiesen, Ansprüche von LGBTI*-Personen so zu formulieren, dass sie in bestehenden Menschenrechtsinstrumenten Deckung finden (Holtmaat/Post 2015, Baisley 2016).

Durch ihren starken Fokus auf die diskriminierende Wirkung von Geschlechterstereotypen scheint die CEDAW für eine Erweiterung in Richtung LGBTI*-Menschenrechte besonders geeignet. Auch in der Literatur finden sich zunehmend Stimmen, die für eine Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs der CEDAW eintreten. Besonders weit geht in dieser Hinsicht der Ansatz von Rosenblum: Er tritt dafür ein, an die Stelle eines Verbots der Diskriminierung von Frauen ein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu setzen. Damit ließen sich dann auch jene Benachteiligungen bekämpfen, die Männer aufgrund von stereotypen Vorstellungen von Männlichkeit erleiden (Rosenblum 2011). Hernández-Truyol betont dagegen, dass die weltweite Situation von Frauen keinen Verzicht auf die ausdrückliche Bezugnahme auf „Frauen“ in der Konvention erlaube. Stattdessen solle der personelle Anwendungsbereich der Konvention auf soziales und biologisches Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Identität erweitert werden. Alternativ dazu schlägt Hernández-Truyol vor, die *Yogyakarta Principles* zu einem Bestandteil der CEDAW zu erklären (Hernandez-Truyol 2011). Beide Vorschläge gehen allerdings über eine bloß dynamische Weiterentwicklung der CEDAW hinaus und würden entweder eine Änderung des Konventionstextes im Sinne einer Ersetzung von „Frauen“ durch „Geschlecht“ oder die Annahme eines Zusatzprotokolls verlangen. Einen dritten Weg schlagen Holtmaat und Post vor: Sie plädieren dafür, dass NGOs LGBTI*-Menschenrechte unter Berufung auf die CEDAW einfordern und die Vertragsstaaten LGBTI*-Menschenrechte in ihre Umsetzungsberichte zur CEDAW aufnehmen sollen. Dadurch ließe sich ein dialogischer Prozess in Gang setzen, in dem der Anwendungsbereich der Konvention wenigstens auf die Verletzung jener Rechte von LGBTI*-Personen erstreckt werden könnte, die ihren Grund in Geschlechterstereotypen oder überkommenen Familien- und Rollenbildern haben (Holtmaat/Post 2015).

4.3 LGBTI*-MENSCHENRECHTE IN DER PRAXIS DES CEDAW-KOMITEES

Das CEDAW-Komitee hat zur Frage von LGBTI*-Menschenrechten bislang nur punktuell Stellung genommen. Die einzelnen Aussagen sind eher einschränkend formuliert: Wie sie sich zum Anwendungsbereich der CEDAW verhalten und ob das Komitee die Verletzung von LGBTI*-Menschenrechten als Form der Diskriminierung von Frauen ansieht, ist im Einzelnen noch unklar. Einige Bezugnahmen weisen jedenfalls auf ein erweitertes Verständnis des personellen Anwendungsbereichs der Konvention hin. So nennt das Komitee in *general recommendation* Nr. 27 über den Schutz der Menschenrechte älterer Frauen und in *general recommendation* Nr. 28 über die Kernverpflichtungen der Vertragsstaaten „sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität“ als Merkmale, die zu einer Mehrfachdiskriminierung von Frauen führen können bzw. Kennzeichen einer besonders vulnerablen Gruppe von Frauen sind. Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität werden hier allerdings explizit ausschließlich im Zusammenhang mit „Frau-Sein“ thematisiert. Über dieses Verständnis geht *general recommendation* Nr. 32 zu den geschlechtsspezifischen Dimensionen von Flüchtlingsstatus und Asyl hinaus. Darin fordert das Komitee die Vertragsstaaten auf, den Umstand, dass eine Person lesbisch, bisexuell oder trans* ist, als möglichen Fluchtgrund anzuerkennen. Ein ausdrücklicher Verweis auf „Frau-Sein“ unterbleibt.²² Dagegen hat das Komitee in der *general recommendation* Nr. 31 zu *harmful practices* an Kindern eine wichtige Gelegenheit ungenutzt gelassen, auf die Problematik der mit Eingriffen bei Inter*-Kindern verbundenen Verletzungen der physischen und psychischen Integrität hinzuweisen. Dabei geht es bei geschlechtlicher „Vereindeutigung“ im Kern um die Verhinderung von Existenzweisen, die bestimmten (körperlichen) Stereotypen von Weiblichkeit nicht entsprechen bzw. um die Aufrechterhaltung dieser Stereotype.

Auch in den *concluding observations* des Komitees zu den Staatenberichten spielen LGBTI*-Menschenrechte bislang nur eine untergeordnete Rolle. Wenn das Komitee überhaupt darauf eingeht, bringt es meist nur seine Besorgnis über die Situation von LGBTI*-Personen zum Ausdruck und empfiehlt die Annahme von Antidiskriminierungsbestimmungen, die auch sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität umfassen. Eingehender setzt sich das Komitee nur dann mit der Frage von LGBTI*-Menschenrechten auseinander, wenn diese in zivilgesellschaftlichen Schattenberichten ausdrücklich eingemahnt werden. In Reaktion auf die Kritik von „Intersexuelle Menschen e. V.“ am Umgang mit Inter*-Personen in der Bundesrepublik Deutschland

²² Auch „Schwul-Sein“ wird allerdings vom CEDAW-Komitee nicht explizit genannt.

hat das Komitee den Vertragsstaat etwa dazu aufgefordert, wirksame Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte von Inter*- und Trans*-Personen zu treffen.²³ Dadurch wurde in Deutschland ein Reflexionsprozess in Gang gesetzt, der zu einer umfassenden Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zur Situation von Inter*-Personen in Deutschland und zu einer Änderung des deutschen Personenstandsgesetzes geführt hat.²⁴ Die *concluding observations* zum finnischen Staatenbericht enthalten die Empfehlung, die rechtliche Anerkennung von Trans*-Personen zu gewährleisten, ohne dass diese bestimmten stereotypen Vorstellungen von Weiblichkeit oder Männlichkeit entsprechen oder einer Unfruchtbarmachung im Geburtsgeschlecht zustimmen müssen.²⁵ Auch hier hatten zuvor NGOs auf die entsprechenden Missstände hingewiesen.

Generell davon auszugehen, dass sich das Komitee von einem Konzept der Zweigeschlechtlichkeit verabschiedet hat und der Konvention einen weitgefassten Begriff von „Geschlecht“ oder „Frauen“ unterstellt, scheint verfrüht. Die dargestellten Entwicklungen lassen sich jedoch immerhin als erste Ansätze einer Erweiterung des personellen Anwendungsbereiches der CEDAW und damit des menschenrechtlichen Schutzes verstehen. Von entscheidender Bedeutung wäre nun freilich, dass das Komitee seine bisherigen Ansätze weiterführt und zu einer kohärenten Auslegungspraxis bündelt. Als dogmatische Grundlage böte sich dafür der in Art 5 der CEDAW enthaltene Auftrag zur Bekämpfung geschlechtsspezifischer Vorurteile und Stereotype an: Legt man ein dynamisches Verständnis von geschlechtsspezifischer Diskriminierung zugrunde (siehe 4.1), wird es möglich, auf geänderte Begriffsverständnisse und Weiterentwicklungen in der feministischen und queeren Theorie und Lebenspraxis angemessen zu reagieren. Der personelle Anwendungsbereich der CEDAW lässt sich dann dahingehend erweitern, dass er alle Facetten weiblicher Existenzweisen und weiblicher Geschlechterrepräsentationen umfasst, ohne sich notwendigerweise auf Frauen und Mädchen oder LGBTI*-Personen zu beschränken.

23 CEDAW/C/DEU/CO/6, para 62.

24 Die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates findet sich unter <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf>, Stand 24. Juli 2017. Der Vorschlag des Deutschen Ethikrates, Inter*-Personen den Geschlechtseintrag „anders“ im Personenstandsregister zu ermöglichen, wurde allerdings nicht umgesetzt. Stattdessen sieht das deutsche Personenstandsgesetz seit 2013 vor, dass der Geschlechtseintrag offen zu lassen ist, wenn ein Kind nicht eindeutig dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Forderungen nach einem alternativen Geschlechtseintrag wurden dagegen bislang abgelehnt, so zuletzt BGH, Beschluss 22.6.2016, XII ZB 52/15 (OLG Celle, AG Hannover). Gegen den Beschluss des BGH wurde Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht eingebracht, siehe dazu http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2013/06/Dritte-Option_Anonymisierte-Verfassungsbeschwerde-2016.pdf, Stand: 24. Juli 2017.

25 CEDAW/C/FIN/CO/7, para 28 f.

5. Fazit

Beinahe vierzig Jahre nach ihrem Inkrafttreten ist die CEDAW auf internationaler Ebene nach wie vor das wichtigste Instrument zum Schutz der Menschenrechte von Frauen und Mädchen. Wie kein anderer internationaler Menschenrechtsvertrag stellt sie das Verbot der Diskriminierung von Frauen und die Gewährung tatsächlicher Gleichstellung in den Mittelpunkt und macht die Achtung, den Schutz und die Gewährleistung von Menschenrechten für Frauen zum Inhalt umfänglicher Verpflichtungen der Vertragsstaaten. Für die Aktualität der Konvention ist von Bedeutung, dass sie ein dynamisches Instrument des Menschenrechtsschutzes darstellt: Durch stetige Fortentwicklung kann die CEDAW auch Formen der Benachteiligung von Frauen adressieren, die im Konventionstext (noch) nicht angemessen berücksichtigt wurden. Die Weiterentwicklung der Konvention erfolgt vor allem durch die Auslegung des CEDAW-Komitees. Die Interpretationspraxis des Komitees verleiht den Konventionen garantien ihren konkreten Umfang und Gehalt, der sich sowohl in einer entsprechenden *subsequent practice* der Vertragsstaaten niederschlagen kann als auch – wie etwa im Fall der Qualifizierung von Gewalt gegen Frauen als Form geschlechtsspezifischer Diskriminierung – in die Praxis regionaler und nationaler Organisationen und Einrichtungen des Menschenrechtsschutzes hineinwirkt.

Für die Auslegungsdynamik von großer Bedeutung ist auch das zivilgesellschaftliche Engagement von NGOs. Dies betrifft nicht nur den sachlichen Anwendungsbereich der Konvention, sondern insbesondere auch die Frage, welcher Personenkreis Schutz durch die CEDAW erfährt. Mangels entsprechender, rechtlich verbindlicher Instrumente zum Schutz von LGBTI*-Menschenrechten auf internationaler Ebene mahnen NGOs zusehends Schutz und Anerkennung für LGBTI*-Personen unter Berufung auf die CEDAW ein. Die Frage, wie ein solcher Schutz aussehen könnte, wird im Detail unterschiedlich beantwortet. In den *general recommendations* und *concluding observations* des CEDAW-Komitees selbst spielen LGBTI*-Menschenrechte nach wie vor eine nur untergeordnete Rolle. Eine kohärente Interpretationspraxis, die die Frage nach Umfang und Inhalt sowie Grenzen von LGBTI*-Menschenrechten mit Blick auf die CEDAW beantwortet, ist einstweilen noch ein Desiderat. Dieses Desiderat einzulösen könnte allerdings wesentlich zur Bekämpfung jener geschlechtsspezifischen Vorurteile und Stereotype beitragen, deren Abbau ein grundlegendes Anliegen der CEDAW ist.

Literatur

- Baisley, Elisabeth 2016: Reaching the Tipping Point? Emerging International Human Rights Norms Pertaining to Sexual Orientation and Gender Identity, in: *Human Rights Quarterly*, Vol. 38, No. 1, 134-163.
- Campbell, Meghan/Swenson, Geoffrey 2016: Legal Pluralism and Women's Rights after Conflict: The Role of CEDAW, in: *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 48, No. 1, 112-148.
- Chebout, Lucy 2014: Queering International Law. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen von Geschlecht, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.): *Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden: Nomos, 132-159.
- Chinkin, Christine/Freeman, Marsha A. 2012: Introduction, in: Freeman, Marsha A./Chinkin, Christine/Rudolf, Beate (eds.): *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1-33.
- Connors, Jane 2012: Article 28, in: Freeman, Marsha A./Chinkin, Christine/Rudolf, Beate (eds.): *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 565-595.
- Cook, Rebecca J./Cusack, Simone 2010: *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Dariam, Shanti 2014: Vom Globalen zum Lokalen: Die Einbeziehung von Nichtregierungsorganisationen, in: Schöpp-Schilling, Hanna Beate/Rudolf, Beate/Gothe, Antje (Hrsg.): *Mit Recht zur Gleichheit. Die Bedeutung des CEDAW-Ausschusses für die Verwirklichung der Menschenrechte von Frauen weltweit*, Baden-Baden: Nomos, 438-453.
- Dietze, Gabriele 2008: Intersektionalität und Hegemonie(selbst)kritik, in: Gippert, Wolfgang/Götte, Petra/Kleinau, Elke (Hrsg.): *Transkulturalität. Gender- und bildungs-historische Perspektiven*, Bielefeld: Transcript, 27-43.
- Elsuni, Sarah 2011: *Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte. Eine geschlechtertheoretische Untersuchung der Konzepte Geschlecht, Gleichheit und Diskriminierung im Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen*, Baden-Baden, Nomos.
- Hernández-Truyol, Berta Esperanza 2011: Unsex CEDAW? No! Super-sex it! in: *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, No. 2, 195-223.
- Holtmaat, Rikki/Post, Paul 2015: Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women? in: *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33, No. 4, 319-336.
- Holzleithner, Elisabeth 2016: Feministische Menschenrechtskritik, in: *Zeitschrift für Menschenrechte*, Nr. 1, 110-120.
- Holzleithner, Elisabeth 2015: Umsetzung von Art. 5 CEDAW in Österreich, in: Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Wytenbach, Judith (Hrsg.): *CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Bern: Stämpfli Verlag, 439-464.
- Kartusch, Angelika 2015: Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, in: Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Wytenbach, Judith (Hrsg.): *CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Bern: Stämpfli Verlag, 1275-1305.
- Krennerich, Michael 2012: Soziale Menschenrechte – von der zögerlichen Anerkennung bis zur extraterritorialen Geltung, in: *Zeitschrift für Menschenrechte*, Nr. 2, 166-183.

- Lembke, Ulrike 2014: Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.): *Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden: Nomos, 188-217.
- Levitt, Peggy/Merry, Sally Engle 2011: Making Women's Human Rights in the Vernacular: Navigating the Culture/Rights Divide, in: Hodgson, Dorothy L. (eds.): *Gender and Culture at the Limits of Rights*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 81-100.
- Merry, Sally Engle 2006: Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle, in: *American Anthropologist*, Vol. 108, No. 1, 38-51.
- Reindl, Florian 1995: *Auslegung menschenrechtlicher Verträge am Beispiel der Spruchpraxis des UN-Menschenrechtsausschusses, des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, München: Florentz.
- Rosenblum, Darren 2011: Unsex CEDAW, or What's wrong with Women's Rights, in: *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 20, No. 2, 98-194.
- Rudolf, Beate 2014: Menschenrechte und Geschlecht – eine Diskursgeschichte, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.): *Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden: Nomos, 24-50.
- Schläppi, Erika/Wytenbach, Judith/Ulrich, Silvia 2015: Teil 1, Das Übereinkommen, in: Schläppi, Erika/Ulrich, Silvia/Wytenbach, Judith (Hrsg.): *CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Bern: Stämpfli Verlag, 3-57.
- Schöpp-Schilling, Hanna Beate 2014: Wesen und Geltungsbereich des Übereinkommens, in: Schöpp-Schilling, Hanna Beate/Rudolf, Beate/Gothe, Antje (Hrsg.): *Mit Recht zur Gleichheit. Die Bedeutung des CEDAW-Ausschusses für die Verwirklichung der Menschenrechte von Frauen weltweit*, Baden-Baden: Nomos, 73-97.
- Schöpp-Schilling, Hanna Beate 2014: Wesen und Mandat des Ausschusses, in: Schöpp-Schilling, Hanna Beate/Rudolf, Beate/Gothe, Antje (Hrsg.): *Mit Recht zur Gleichheit. Die Bedeutung des CEDAW-Ausschusses für die Verwirklichung der Menschenrechte von Frauen weltweit*, Baden-Baden: Nomos, 355-373.
- Ulrich, Silvia 2013: Das Europaratsübereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, in: Schwarz-Schlöglmann, Maria/Ulrich, Silvia (Hrsg.): *Aktuelle Entwicklungen im Gewaltschutz*, Linz: Trauner Verlag, 4-26.
- Yuval-Davis Nira 2006: Intersectionality and Feminist Politics, in: *European Journal of Women's Studies*, Vol. 13, No. 3, 193-209.



**WOCHENSCHAU
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

NON-FORMALE POLITISCHE BILDUNG

Barbara Menke,
Wibke Riekmann (Hg.)

Politische Grundbildung

Politische Grundbildung verfolgt das Ziel, Menschen, die aus unterschiedlichen Gründen von politischer Teilhabe ausgeschlossen sind, eine bessere politische Partizipation zu ermöglichen. Die Beiträge regen dazu an, Grundbildung kritisch zu reflektieren. Darunter fällt auch die Kernfrage, wer mit welchen Interessen (politische) Grundbildung definiert, fördert und ausgestaltet.



ISBN 978-3-7344-0540-2
160 S., € 19,90



ISBN 978-3-7344-0412-2
176 S., € 19,80



ISBN 978-3-7344-0012-4
160 S., € 19,80



ISBN 978-3-89974906-9
288 S., € 24,80



ISBN 978-3-89974967-0
224 S., € 24,80



ISBN 978-3-7344-0142-8
224 S., € 24,80



ISBN 978-3-89974973-1
224 S., € 24,80



ISBN 978-3-89974995-3
176 S., € 19,80



ISBN 978-3-7344-0013-1
368 S., € 39,80



ISBN 978-3-7344-0069-8
192 S., € 19,80

 **Alle Titel auch als eBook**

www.wochenschau-verlag.de



[www.facebook.com/
wochenschau.verlag](https://www.facebook.com/wochenschau.verlag)



[@wochenschau-ver](https://twitter.com/wochenschau-ver)

Heiner Bielefeldt

Inklusion als Menschenrechtsprinzip

Grundsätzliche Überlegungen aus gebotenem Anlass

1. Die ambivalente Karriere des Inklusionsbegriffs

Die Inklusion gilt als das Markenzeichen der UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (kurz: Behindertenrechtskonvention = BRK). Zwar findet sich die Zielsetzung einer „*inclusive society*“ beispielsweise auch schon im Abschlussdokument der Weltkonferenz gegen Rassismus, die 2001 im südafrikanischen Durban durchgeführt wurde¹ – was einen Hinweis darauf gibt, dass der Leitbegriff der Inklusion seine orientierende Funktion nicht ausschließlich im Themenfeld Behinderung entfaltet. Gleichwohl ist unumstritten, dass mit der BRK das Prinzip der Inklusion enorm an Profil gewonnen hat. Die im Dezember 2006 von der UN-Generalversammlung verabschiedete Konvention führt in Artikel 3 die vollständige Inklusion („*full and effective participation and inclusion in society*“) als eines der zentralen Zielsetzungen auf. Sowohl als Substantiv („*inclusion*“) wie als Adjektiv („*inclusive*“) prägt dieser Anspruch den gesamten Text. Die BRK hat die Inklusion somit als Menschenrechtsprinzip etabliert.

Umso erstaunlicher ist es, dass in der offiziellen deutschen Übersetzung der BRK der Begriff der Inklusion gar nicht vorkommt. Die für die deutschsprachigen Länder – Deutschland, Österreich, Schweiz und Lichtenstein – erarbeitete Übersetzung spricht immer dort, wo im Englischen von „*inclusion*“ die Rede ist, stattdessen von „Integrati-on“; analog dazu wird das Adjektiv „*inclusive*“ mit „integrativ“ wiedergegeben. Auf einem vom Deutschen Institut für Menschenrechte durchgeführten Fachgespräch zum damaligen Entwurf der deutschen Übersetzung² sprachen sich die anwesenden Behindertenverbände und Fachleute einhellig und entschieden gegen diese Fehlübersetzung aus. Sie verwiesen darauf, dass der Anspruch der Inklusion sehr viel grundlegender sei als die herkömmliche Integrationspolitik. Diese Differenz dürfe nicht nivelliert werden.

1 Vgl. die Abschlusserklärung der World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban 31. August bis 8. September 2001. Unter „General Issues“ Nr. 6 heißt es: „Preservation and promotion of tolerance, pluralism and respect for diversity can produce more inclusive societies“.

2 Das Gespräch fand Anfang 2007 in den Räumen des Deutschen Instituts für Menschenrechte in Berlin statt.

In der Tat geht es nicht nur darum, innerhalb der etablierten gesellschaftlichen Systeme – zum Beispiel in der Schule – mehr Platz für einzelne Menschen mit Behinderungen zu schaffen. Vielmehr steht der Begriff der Inklusion für den weitaus umfassenderen Anspruch, die Gesellschaft und ihre Subsysteme so zu konzipieren, dass von vornherein alle dazu gehören.³ Bildhaft formuliert: Statt lediglich ein paar Türen zu öffnen gilt es, Wände zu verstellen und manche Mauern einzureißen. Die Betroffenen sollen nicht mehr darum bitten oder gar betteln müssen, dass man ihnen Zugang verschafft, sondern können unter Verweis auf eine internationale Menschenrechtskonvention darauf verweisen, dass sie dazu gehören. „Dabei sein! Von Anfang an“⁴ – so fasst die „Aktion Mensch“ die Philosophie der Inklusion knapp und prägnant zusammen. Auch wenn bei der Umsetzung in der Praxis die Differenz zwischen herkömmlichen Integrationsansätzen und der nun geforderten Inklusion weniger trennscharf ausfallen dürfte, bleibt der grundlegende Perspektivenwechsel leitend. Dies hat längst auch die Bundesregierung anerkannt. Die offizielle deutsche Übersetzung wird kaum je zitiert, nicht einmal von staatlichen Stellen. Stattdessen hat sich eine vom „Netzwerk Artikel 3“ vorgelegte korrigierte Alternativ-Übersetzung weitgehend durchgesetzt, die selbstverständlich den Begriff der Inklusion enthält.⁵ Andernfalls hätte sich die deutsche Behindertenpolitik von der internationalen Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet hoffnungslos abgekoppelt.

Auch im allgemeinen Sprachgebrauch ist der Begriff der Inklusion überraschend schnell heimisch geworden. Er ist längst ins Vokabular der Tagespolitik eingegangen, wobei auffällt, dass von Inklusion meist im Kontext schulischer Bildung die Rede ist, während die BRK den Begriff darüber hinaus auf sämtliche Bereiche gesellschaftlichen Lebens bezieht und beispielsweise auch die Felder Arbeit, Wohnung, Gesundheit,

3 Vgl. auch die Abgrenzung, die der UN-Ausschluss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen in seinem „General Comment“ Nr. 4 vom September 2016, gewidmet der inklusiven Bildung, in Abschnitt 11 formuliert hat: „Integration is a process of placing persons with disabilities in existing mainstream educational institutions, as long as the former can adjust to the standardized requirements of such institutions. Inclusion involves a process of systemic reform embodying changes and modifications in content, teaching methods, approaches, structures and strategies in education to overcome barriers with a vision serving to provide all students of the relevant age range with an equitable and participatory learning experience and environment that best corresponds to their requirements and preferences.“ Zitiert nach der noch uneditierten Version, verfügbar auf der Website des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte, www.ohchr.org.

4 Vgl. die Pressemitteilung der Aktion Mensch vom 5. Mai 2010, zu finden unter www.aktion-mensch.de.

5 Vgl. Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Schattenübersetzung des NETZWERK ARTIKEL 3 e. V., verfügbar unter www.netzwerk-artikel-3.de. Der Begriff „Schattenübersetzung“ ist den „Schattenberichten“ nachempfunden, die zivilgesellschaftliche Organisationen parallel zu den offiziellen Staatenberichten an die verschiedenen UN-Ausschüsse verfassen, die für das Monitoring der jeweiligen UN-Menschenrechtskonventionen zuständig sind.

Elternschaft usw. umfasst. Zahlreiche Eltern fühlen sich durch die Konvention ermutigt, die Inklusion ihrer Kinder in das Regelschulsystem zu verlangen; sie nehmen damit stellvertretend ein Recht ihrer Kinder in Anspruch. Statt mit Bussen in womöglich entfernte Sondereinrichtungen transportiert zu werden, sollen die Kinder mit den Nachbarskindern gemeinsam aufwachsen und in die Schule gehen. Dies ist offenbar ein verbreiteter elterlicher Wunsch, kein ideologisches Oktroi, wie gelegentlich behauptet wurde. In einigen Fällen kam es diesbezüglich zu Gerichtsprozessen.⁶

Der Inklusionsbegriff hat somit eine bemerkenswerte Karriere erlebt. Vor zehn Jahren galt er als ein Fachterminus, der in der offiziellen Übersetzung der BRK wegen vermeintlich mangelnder Verständlichkeit bewusst außen vorgehalten wurde, was einem menschenrechtspolitischen „Schildbürgerstreich“ gleichkommt. Mittlerweile ist die Inklusion in aller Munde, vor allem in der Bildungspolitik. So weit so gut. Die Entwicklung hat allerdings auch eine Kehrseite. Während der Begriff der Inklusion einerseits Aufbruch, Öffnung und neue Hoffnungen signalisiert, löst er andererseits auch Beunruhigung und Unbehagen aus. Ausgerechnet ein Konzept, das für den Zusammenhalt der Gesellschaft steht, führt – dies lässt sich nicht übersehen – zugleich zu enormer politischer Polarisierung. Die Gründe dafür dürften vielfältig sein und reichen von Fehlkommunikation über mangelnde Ressourcen bis hin zu ideologischen Blockaden. Es wäre jedenfalls zu billig, bestehende Vorbehalte mit dem Hinweis abzutun, dass jeder reformerische Aufbruch konservative Abwehrreflexe bei den bislang privilegierten Gruppen auslöst. Auch in Kreisen, die der Idee der Inklusion an sich aufgeschlossen gegenüberstehen, macht sich mancherorts Skepsis breit.

Beispiele zeigen, dass der Anspruch der Inklusion sinnvoll umgesetzt werden kann, nämlich so, dass am Ende alle Beteiligten gut damit leben können, ja davon profitieren. Um beim Beispiel Schule zu bleiben: Kinder mit und ohne Behinderungen lernen, unbefangen miteinander umzugehen und sich wechselseitig zu unterstützen. Auf diese Weise erfahren sie die Vielfalt innerhalb der Gesellschaft als Normalität. Soziales Lernen und fachlicher Kompetenzerwerb können Hand in Hand gehen – vorausgesetzt, dass die Schülerinnen und Schüler differenzierte Unterstützung durch angemessen vorbereitete Lehrpersonen erfahren. Diese Bedingungen sind allerdings oft nicht in einmal in halbwegs angemessener Weise gewährleistet. Es gibt Berichte über Kinder und Jugendliche mit besonderem Förderbedarf, die stundenlang ohne Ansprache unter dem Tisch hocken – was natürlich das Gegenteil von Inklusion bedeutet. Auch engagierte Lehrerinnen und Lehrer fragen sich, wie sie es schaffen sollen, innerhalb

⁶ Grundsätzlich zur gerichtlichen Einklagbarkeit der Konventionsrechte vgl. Degener 2016: 23.

eines sowieso stressigen Schulalltags außerdem noch Flüchtlingskinder zu alphabetisieren und dem Anspruch der Inklusion gerecht zu werden – und das bei gleichbleibender Personalausstattung. Eltern machen sich Sorgen um das Lernumfeld ihrer Kinder – darunter auch Eltern, denen nicht nur Leistungsorientierung, sondern genauso das soziale Lernen am Herzen liegt. In den Kollegien der bestehenden Förderschulen fragt man sich, wer als nächster „in die Inklusion geschickt“ wird⁷ – eine merkwürdige Sprachwendung, die so klingt, als werde man in die Wüste geschickt.

Besonders beunruhigend sind die Sorgen von Angehörigen Schwerstbeeinträchtigter, etwa von Eltern mehrfachbehinderter Kinder. Bei manchen geht die Angst um, mit der Auflösung spezieller Fördereinrichtungen, die ihre Familienmitglieder professionell auffangen konnten, würden sie am Ende ohne jede infrastrukturelle Unterstützung bleiben. Was ist, wenn einige der Menschen, die in spezialisierten Förderschulen oder sonstigen Fördereinrichtungen bislang unterkommen konnten, aufgrund der Schwere ihrer Beeinträchtigungen partout keine Aufnahme in einer Regelschule oder in anderen „Regel“-Institutionen finden? Es gibt Grenzfälle, in denen dies allem Anschein nach nicht gelingt. Lässt die Inklusionspolitik womöglich einen „Rest“ übrig, bei dem der Anspruch ins Leere läuft? Produziert sie damit gar neue Erfahrungen von Exklusion, die vielleicht sogar härter sind als zuvor, weil denen die jetzt außen vor bleiben, damit umso mehr attestiert wird, dass sie „hoffnungslose Fälle“ seien? Diese Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen. Bekanntlich stehen die politisch Verantwortlichen unter dem ständigen Druck, Ergebnisse vorzeigen zu können. Birgt dies nicht die Gefahr, dass man Investitionen in Sachen Inklusion vor allem dort tätigt, wo schnelle Erfolge zu erwarten sind? Was aber wird dann aus denjenigen, für die viel Geld auszugeben wäre, ohne dass dabei die „Inklusionsquote“ merklich steigt? Solche kritischen Rückfragen an die Inklusionspolitik können nicht denen überlassen bleiben, die von vornherein mit dem gesamten Projekt nichts zu tun haben wollten, weil sie darin nur ideologische Gleichmacherei wähten. Gerade wer davon ausgeht, dass Inklusion ein Menschenrechtsprinzip darstellt und Chancen für die Humanisierung der Gesellschaft bietet, sollte sich skeptischen und besorgten Fragen stellen.

Billiglösungen, die die Inklusion zum Vorwand phantasieloser Sparpolitik nehmen, können von vornherein nicht funktionieren.⁸ Sie haben denn auch mit dem Anspruch der Inklusion nicht viel zu tun, sondern laufen auf Etikettenschwindel, ja einen Missbrauch

7 Mir ist diese Wortwahl in Gesprächen mit Förderschullehrern und -lehrerinnen mehrfach begegnet.

8 Dass der deutsche Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Ratifikationsgesetzes zur BRK davon ausging, es würden keinen signifikanten Kosten entstehen, erweist sich im Rückblick als eine Lebenslüge mit fatalen Konsequenzen; vgl. Becker 2016.

des Inklusionsbegriffs hinaus.⁹ Ein großer Teil der beklagten Fehlentwicklungen dürfte genau darin seinen Grund haben. Vermutlich sind außerdem manche Projekte überhastet in Angriff genommen worden, ohne die Beteiligten kommunikativ angemessen vorzubereiten und wirklich „mitzunehmen“. Inklusion setzt vor allem eine Änderung von Wahrnehmungen und Einstellungen voraus, die man nicht im Schnelldurchgang erreichen kann. Die Überwindung von Ängsten und Vorbehalten braucht Zeit; dasselbe gilt für die Entdeckung neuer Chancen, die sich durch Inklusion für die Öffnung und Humanisierung der Gesellschaft auf tun. Ein weiteres Problem besteht darin, dass der Anspruch der Inklusion als solcher gelegentlich missverstanden zu werden scheint. Ein Begriff wie „Inklusionsquote“¹⁰ könnte utilitaristische Lesarten nahelegen, die dem Anspruch der Menschenrechte, wonach jeder Mensch aufgrund seiner Würde Achtung erfahren soll, zuwiderlaufen. Wenn manche Schulkinder als „Inklusionskinder“ bezeichnet werden, droht der Inklusionsbegriff zum persönlichen Stigma zu verkommen, was gegen Geist und Buchstaben der BRK verstößt. Und wenn in den Kollegien mancher Förderschulen die Angst umgeht, man werde demnächst „in die Inklusion geschickt“, zeigt dies, dass mangelhafte Personalausstattung, fehlende Planungssicherheit, Kommunikationsdefizite und grundlegende Missverständnisse eine unheilvolle Verbindung miteinander eingehen können. Auf diese Weise wird der humane Sinn der Inklusion verspielt.

Der vorliegende Aufsatz kann zur Debatte über den Anspruch und die angemessene Umsetzung der Inklusion nur einen begrenzten Beitrag leisten. Ich konzentriere mich darauf, den menschenrechtlichen Sinn des Inklusionsprinzips in Erinnerung zu bringen und zu diesem Zweck einige grundsätzliche Klarstellungen vorzunehmen. Dies setzt voraus, den Begriff der Inklusion in der Verschränkung mit anderen tragenden Menschenrechtsprinzipien zu sehen, die ebenfalls in die BRK Eingang gefunden und dort zugleich eine innovative Neudeutung erfahren haben: Universalismus, Barrierefreiheit und Autonomie.

2. Weiterentwicklung des menschenrechtlichen Universalismus

Man kann nicht oft genug betonen, dass es in der BRK nicht um „Sonderrechte“ geht, sondern um die universalen Menschenrechte, die um der Würde des Menschen willen

9 Vgl. in diesem Sinne auch der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in seinem „General Comment“ Nr. 4, Abschnitt 11: „Placing students with disabilities within mainstream classes without accompanying structural changes to, for example, organisation, curriculum and teaching and learning strategies, does not constitute inclusion.“

10 Vgl. kritisch dazu (wenn auch mit anderer Pointierung) Wocken 2016.

jedem Menschen gleichermaßen zukommen.¹¹ „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“¹² Dieser programmatische Satz aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 erläutert den Sinn des menschenrechtlichen Universalismus; er fungiert auch als Interpretament der BRK. Deshalb ist der Begriff der „Spezialkonvention“, auf den man in der Literatur gelegentlich stößt, zumindest missverständlich, klingt er doch irgendwie nach Klientelismus, Sonderrechten und Standespolitik. Damit wäre der Anspruch der BRK allerdings auf den Kopf gestellt. „Speziell“ sind nicht die in der Konvention aufgeführten Rechte, sondern die Perspektiven, von denen her sie formuliert wurden.¹³ Die Erfahrungen von Ausgrenzung, Stigmatisierung und Bevormundung, die Menschen mit unterschiedlichen Behinderungen immer wieder machen mussten, boten den Grund dafür, das Gesamtfeld der Menschenrechte – vom Recht auf Familie bis zum Respekt der Privatsphäre, von der Meinungsfreiheit bis zu den Rechten auf Gesundheit und Bildung – noch einmal kritisch durchzupflügen und damit zugleich zu modifizieren. Das Ergebnis ist nicht nur für Kreis der unmittelbar Betroffenen interessant, sondern bedeutet eine Weiterentwicklung, die dem internationalen Menschenrechtsdiskurs im Ganzen zugutekommt.

Die BRK ist mit dem Universalismus der Menschenrechte nicht nur voll vereinbar; sie trägt darüber hinaus dazu bei, ihn mit neuer Glaubwürdigkeit auszustatten. Auch in dieser Hinsicht repräsentiert sie einen notwendigen Durchbruch. Im historischen Rückblick zeigt sich nämlich, dass die Idee universaler Rechte nicht nur in der politischen Praxis, sondern schon in ihrer je konkreten Formulierung stets defizitär geblieben ist.¹⁴ Wenn im ausgehenden 18. Jahrhundert die „*rights of man*“ oder die „*droits de l'homme*“ proklamiert wurden, belegt schon der Wortlaut, dass das imaginäre Subjekt der Menschenrechte einseitig aus männlicher Perspektive konzipiert war. Hinzu kamen vielfältige eurozentrische Verengungen, und auch besitzbürgerliche und bildungsbürgerliche Grundannahmen gingen zunächst unreflektiert oder absichtlich in die Formulierungen der Menschenrechte mit ein. Bis vor Kurzem blieben außerdem die Lebens-

11 Am Rande sei vermerkt, dass der normative Universalismus der Menschenrechte nicht gleichbedeutend mit politisch-rechtlicher Globalisierung ist. Menschenrechte lösen die Organisation der Welt in unterschiedliche Territorialstaaten nicht schlichtweg auf, auch wenn sie Entwicklung internationaler und supranationaler Normstrukturen vorantreiben.

12 Artikel 1, Satz 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948.

13 Vgl. Degener 2016: 14: „Während der vierjährigen Verhandlungen der UN BRK von 2002 bis 2006 in New York wurde stets betont, man wolle keine neuen Menschenrechte schaffen. Es sollte lediglich der allgemein anerkannte Menschenrechtskatalog auf den Kontext von Behinderung zugeschnitten werden.“

14 Vgl. zum Folgenden Bielefeldt 1998.

welten von Menschen mit Behinderungen im Menschenrechtsdiskurs weitgehend außen vor. Behinderung war ein Betätigungsfeld für Fürsorge und Caritas, kein Thema für menschenrechtliches Empowerment und Antidiskriminierungspolitik.¹⁵

Der Universalismus der Menschenrechte stellt ein unabgeschlossenes Reformprojekt dar; andernfalls wäre er eine Lebenslüge. Menschenrechte sind wirklich „universale“ Rechte nur im Vorgriff auf beständige Öffnungs- und Adaptionsprozesse, in denen etwaige Einseitigkeiten und Ausblendungen immer wieder aufs Neue aufgedeckt und überwunden werden müssen. Dies setzt gesellschaftliche Sensibilisierungsprozesse voraus, die vor allem von sozialen Bewegungen vorangetrieben werden. Die BRK bietet dafür ein Paradebeispiel. Indem sie die Erfahrungen von Menschen mit Behinderungen in den internationalen Menschenrechtsdiskurs einpeist, leistet sie bereits eine „Inklusion“ gleichsam auf der Metaebene. Die Öffnung der internationalen Menschenrechtsstandards für die Belange von Menschen mit Behinderungen bedeutet zugleich einen Schub hin zu einer angemesseneren, glaubwürdigeren Formulierung des menschenrechtlichen Universalismus. Obwohl die BRK primär praktische Ziele verfolgt, gibt sie somit zugleich erhebliche Anregungen für die theoretische Grundsatzerflexion über Menschenrechte.

Die BRK kann nur im Kontext des menschenrechtlichen Universalismus ausgelegt werden, den sie ihrerseits neu formuliert und damit weiterentwickelt. Dies hat Konsequenzen auch für die Interpretation des Inklusionsbegriffs, der nur als universalistisches Prinzip Sinn ergibt. Eine Inklusionspolitik, die gleichsam wissend (oder vermutend) in Kauf nähme, anderswo neue Ausschlüsse zu produzieren, wäre deshalb aus menschenrechtlicher Perspektive nicht nur defizitär, sondern sinnwidrig. Der Anspruch kann vielmehr nur darin bestehen, dass möglichst niemand als „Rest“ zurückbleibt.¹⁶ Der Umgang mit schwierigen Konstellationen bleibt deshalb die Nagelprobe für das Verständnis und die Praxis der Inklusion.¹⁷

Genau aus diesem Grund hat der Begriff der „Inklusionsquote“ etwas Verstörendes; er klingt mindestens seltsam. Gewiss ist es nötig, die Umsetzung des Inklusionsanspruchs, die in der Praxis ja nur sukzessive geschehen kann, auch empirisch abzubilden. Dem dienen Benchmarks, Quoten und ähnliche Instrumente, die in der Menschenrechtspolitik ihre unverzichtbare Funktion haben. Ohne sie dürfte das unab-

15 Sonst hätten Metaphern wie „aufrechter Gang“ nicht so beliebt werden können.

16 „No one left behind“ – dieser Slogan, der im Rahmen der 2015 verabschiedeten „Sustainable Development Goals“ kreiert wurde, eignet sich bestens dafür, auch den Anspruch der Inklusion zu umreißen.

17 Vgl. Graumann 2016: 53: „Inwieweit die Umsetzung der UN BRK Erfolg haben wird, wird sich nicht zuletzt an den Konsequenzen für behinderte Menschen mit einem hohen bis sehr hohen Unterstützungsbedarf erweisen.“

hängige Monitoring, das in der BRK verpflichtend vorgeschrieben ist,¹⁸ kaum gelingen. Gleichwohl besteht die Gefahr, dass mit den selbstgesetzten Quoten Anreize für ein quantifizierend-utilitaristisches Denken entstehen, das womöglich die Augen verschließt, wenn einige „schwierige Fälle“ auf der Strecke bleiben, solange nur eine große Mehrheit der Betroffenen von den Maßnahmen profitiert. Die politisch Verantwortlichen könnten angesichts des Erfolgsdrucks, dem sie sich beständig ausgesetzt sehen, der Versuchung erliegen, ihre Schwerpunkte primär dort anzusetzen, wo auch in quantitativer Hinsicht am ehesten greifbare Erfolge zu erwarten sind.¹⁹ Was aber wäre dann mit denjenigen, die – vorerst oder auf lange Sicht – „übrig bleiben“?

Der Universalismus der Menschenrechte hat seinen Grund in der Würde jedes einzelnen Menschen. Dies zeigt sich in der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die mit der „Anerkennung der allen Mitgliedern der Menschheitsfamilie inhärenten Würde und ihrer gleichen und unveräußerlichen Rechte“ einsetzt.²⁰ Diese Eingangsformulierung im Mutterdokument des internationalen Menschenrechtsschutzes steht – mit einer kleinen Variante²¹ – auch am Anfang der BRK. Der Begriff der Menschenwürde findet sich in der BRK darüber hinaus auch anderswo, zum Beispiel in Artikel 24, also im Kontext des Rechts auf inklusive Bildung.²² Unter den Zielen der inklusiven Bildung firmiert ganz oben die Entwicklung eines „*sense of dignity*“, also eines Bewusstseins und Gefühls für die eigene Würde sowie die Würde anderer Menschen.²³ Die Würde der Menschen, die die Basis des menschenrechtlichen Universalismus darstellt, soll in inklusiver Bildung konkret erlebbar werden; das ist der Anspruch. Die BRK unterstreicht auf diese Weise einmal mehr den Sinnzusammenhang von Universalismus und Inklusion. Inklusion ist deshalb weit mehr als das, was sich in Quoten abbilden lässt. Sie verlangt stets auch den Blick auf die „andere Seite“ der Quote, d.h. letztlich auf alle Betroffenen, von denen nicht einige um des größeren Ganzen willen herausfallen dürfen.

18 Vgl. Artikel 33, Absatz 2 der BRK. In Deutschland ist die unabhängige Monitoringstelle im Deutschen Institut für Menschenrechte (DIMR) in Berlin verankert (Leitung: Valentin Aichele). Vgl. dazu auch die Website des DIMR mit zahlreichen Informationen und Beiträgen: www.institut-fuer-menschenrechte.de.

19 Ich behaupte nicht, dass dies tatsächlich geschieht, wohl aber, dass die Gefahr besteht, dass eine solches Denken sich unter der Hand breitmacht.

20 Warum die Metapher der Menschheitsfamilie in der offiziellen deutschen Übersetzung zur „menschlichen Gemeinschaft“ verblasst, bleibt unerfindlich.

21 Die Variante besteht darin, dass der Begriff der Würde („*dignity*“) noch durch den Begriff des Wertes („*worth*“) ergänzt wird.

22 Vgl. Mißling/Ückert 2014.

23 Artikel 24, Absatz 1, Buchstabe (a) der BRK.

Gerade die Sorgen derjenigen, die befürchten, Verlierer der Inklusionspolitik zu sein, müssen ernst genommen werden. Wie erwähnt, zählen dazu vor allem Schwerstbehinderte und ihre Angehörigen.

3. Überwindung von Strukturen der Diskriminierung und Ausgrenzung

Wie die BRK zur Neuformulierung des Universalismus beiträgt, so erweitert sie auch den Anti-Diskriminierungsdiskurs der Menschenrechte. Dies geschieht nicht allein dadurch, dass sie das Merkmal „Behinderung“ in die Liste der ausdrücklich illegitimen Anknüpfungspunkte für Ungleichbehandlung aufnimmt, wo es zuvor fehlte.²⁴ Wichtig ist auch die klare Akzentsetzung gegen *strukturelle Formen* von Diskriminierung. Neben direkter und offener Diskriminierung, unter der Menschen mit Behinderungen nach wie vor leiden, gibt es auch indirekte und strukturelle Manifestationen von Diskriminierung, die es manchmal überhaupt erst zu „entdecken“ gilt. Dazu zählen die vielfältigen physischen, kommunikativen, mentalen und sonstigen Barrieren, auf die Menschen mit Behinderungen stoßen, während andere in der Gesellschaft sie nicht einmal bemerken mögen, weil sie schlicht als „normal“ wahrgenommen werden. Barrierefreiheit gehört nicht zufällig zu den zentralen Zielsetzungen der BRK.²⁵

Darüber hinaus formuliert die Konvention einen Anspruch, dessen Tragweite in der politischen Diskussion noch nicht vollständig angekommen zu sein scheint, nämlich den Anspruch auf „*reasonable accommodation*“.²⁶ Während die Barrierefreiheit als allgemeine menschenrechtliche Zielbestimmung fungiert, die der Staat sukzessive, in einem vermutlich niemals abgeschlossenen Entdeckungs- und Lernprozess, erreichen soll, gilt der Anspruch auf „*reasonable accommodation*“ *hier und jetzt* und ist ggf. auch *individuell einklagbar*. Unter diesem Titel können Menschen mit Behinderungen konkrete Umwelтанpassungen beispielsweise in der Schule, im Wohnumfeld oder am Arbeitsplatz verlangen, sofern dies nicht zu unververtretbaren finanziellen und anderen

24 Das Merkmal Behinderung fehlt nicht nur in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, sondern beispielsweise auch noch in den beiden umfassenden Menschenrechtskonventionen von 1966, dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte.

25 Vgl. Artikel 3, Buchstabe (f) der BRK. Während die offizielle deutsche Übersetzung von „Zugänglichkeit“ spricht, gibt die „Schattenübersetzung“ der Begriff der „accessibility“ mit dem umfassender angelegten Begriff der „Barrierefreiheit“ wider.

26 Die deutsche Übersetzung mit „angemessene Vorkehrungen“ (so auch die Schattenübersetzung der Konvention) lässt die im Englischen tragende Metapher des „Raumgebens“ („accommodation“) verschwinden und klingt eher technokratisch.

Kosten führt. Das Adjektiv „reasonable“ steht hier für ein pragmatisches Caveat. Die Verweigerung von Anpassungsmaßnahmen, die im Rahmen des vernünftig Machbaren bleiben, gilt nach der BRK jedenfalls fortan als Diskriminierung.²⁷

Dieser Akzent auf Strukturfragen von Diskriminierung und Ausgrenzung zeichnet die Konvention im Ganzen aus. Er zeigt sich bereits in der Definition von „Behinderung“, die in der Präambel der BRK geschieht. Statt Behinderung schlicht am Individuum festzumachen, wie dies traditionell typischerweise der Fall war, stellt die BRK nämlich auf die Interaktion zwischen Mensch und Umwelt ab. Sie repräsentiert somit „den Paradigmenwechsel vom medizinischen zum menschenrechtlichen Modell von Behinderung auf internationaler Ebene“, wie Theresia Degener – derzeit stellvertretende Vorsitzende des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen – betont.²⁸ Natürlich bleibt unbestritten, dass manche Menschen spezifische „Beeinträchtigungen“ („*impairments*“) aufweisen, die sich ggf. auch medizinisch beschreiben und ggf. behandeln lassen. Die Behinderung („*disability*“) wird aber nicht darauf reduziert, sondern besteht laut BRK in der Art und Weise wie die Gesellschaft auf Menschen mit Beeinträchtigungen reagiert. Behinderung bedeutet nicht zuletzt, dass Menschen „*behindert werden*“, nämlich durch gesellschaftliche Barrieren vielfältiger Art.²⁹ Schon in der so angelegten Definition zeigt sich die gesellschaftskritische, strukturkritische Pointe der BRK. Mancherorts hat man die bisher üblichen „Behindertenbeauftragten“ durch eine „Enthinderungsstelle“ ersetzt, um deutlich zu machen, dass es nicht allein um individuelle Unterstützung geht, die natürlich unverzichtbar bleibt, sondern darüber hinaus die Entdeckung und Überwindung struktureller Barrieren auf der Agenda stehen.

Auch dieser Ansatz hat Auswirkungen für eine angemessene Interpretation des Inklusionsprinzips. Es steht für die Öffnung der Gesellschaft durch Überwindung diskriminierender und ausgrenzender Strukturen. „Dabei sein! Von Anfang an“ lautet die bereits zitierte Formel, mit der die „Aktion Mensch“ den Anspruch der Inklusion übersetzt. Vor diesem Hintergrund klingt es befremdlich, wenn selbst manche Fach-

27 Vgl. Artikel 5 Absatz 3 der BRK.

28 Theresia Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, in: Online Handbuch Inklusion als Menschenrecht, Hrsg. vom Deutschen Institut für Menschenrechte (DIMR) und der Stiftung Erinnerung – Verantwortung – Zukunft (EVZ), verfügbar unter www.inklusion-als-menschenrecht.de.

29 Vgl. Präambel der BRK, Buchstabe (e): „in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen und wirksamen Teilnahme auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen an der Gesellschaft hindern“.

leute im Zusammenhang schulischer Inklusionspolitik von „Inklusionskindern“ sprechen oder ähnliche Begriffe verwenden. Ein solcher Sprachgebrauch verfehlt die strukturkritische Pointe der Inklusion völlig. Stattdessen wird der Problemzusammenhang von Behinderung erneut ausschließlich auf konkrete Individuen und Gruppen bezogen – mit allen stigmatisierenden Folgen, die das mit sich bringen kann. Nach Hans Wocken führt eine missverstandene Inklusionspolitik im Bildungswesen sogar zu einer regelrechten „Etikettierungsschwemme“ – nämlich im Interesse der Selbsterhaltung bestimmter Institutionen sowie zugunsten einer erhöhten Inklusionsquote, die sich politisch gut vermarkten lässt.³⁰ Hier geraten die Dinge anscheinend völlig aus dem Gleis. Statt gesellschaftliche Strukturen für die Menschen zu öffnen, wie die BRK dies verlangt, werden Menschen erneut, nach Einschätzung von Wocken sogar mehr als zuvor, als „Inklusionskinder“ oder „Risikokinder“ etikettiert, weil das gesellschaftspolitischen Zielen von Quotenerfüllung und anderen Zwecken dient. Man muss das Inklusionsprinzip davor schützen, zur Rechtfertigung solcher Praxis herzuhalten.

4. Relationale Autonomie

Auch der freiheitsrechtliche Ansatz, der den Menschenrechtsansatz im Ganzen definiert, findet in der BRK eine kreative Weiterentwicklung. Er kulminiert im Begriff der Autonomie, der in anderen Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen bislang gar nicht vorkommt.³¹ Dass ausgerechnet eine Konvention, die die Rechte von Menschen mit Behinderungen – darunter auch geistigen Behinderungen – inhaltlich entfaltet und rechtlich verankert, den von philosophisch vor allem von Kant geprägten Autonomiebegriff stark macht, mag auf den ersten Blick überraschen. Erklären lässt sich dies jedoch aus den Erfahrungen von Bevormundung, oft innerhalb separierender „Sonderinstitutionen“. Dagegen fordert die Konvention Respekt der persönlichen Autonomie und verknüpft sie mit dem Anspruch auf Inklusion.

Diese Verbindung ist von beiden Seiten her zu sehen. Zunächst gilt, dass Autonomie Inklusion voraussetzt. Außerhalb eines Beziehungsnetzes, das letztlich von der gesam-

30 Vgl. Wocken 2016: 13. Natürlich bleibt es dabei, dass Menschen mit Behinderung besondere Zuwendung brauchen. Der Anspruch der Inklusion ist kein Abstraktum, sondern gewinnt seine konkreten Herausforderungen vor allem mit Blick auf konkrete Menschen, die zusätzliche Förderung benötigen. Wenn dies im Kontext der Schule Alltagssprachlich in Wendungen wie „Inklusionskinder“ zum Ausdruck kommt, mag man das vielleicht hinnehmen. In der Schulverwaltung kann ein solcher Begriff, der eigentlich ein „Unbegriff“ ist, aber keinen Platz haben.

31 Nachdem bereits die Präambel in Abschnitt (n) die Autonomie des Individuums herausstellt verlangt Artikel 3(a) „die Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschließlich seiner Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Selbstbestimmung“.

ten Gesellschaft getragen wird, kann sie gar nicht gelebt werden. Die BRK trägt durch die Verschränkung mit der Inklusion dazu bei, den Begriff der Autonomie in seiner humanen Bedeutung überhaupt erst wiederzugewinnen. Der Zuspruch der Autonomie ist in neoliberalen Debattenkontexten nämlich oftmals zur Zumutung verkommen, auch in schwierigen Lebenslagen doch bitte möglichst allein klarzukommen. Im Namen einer neoliberal verkürzten Autonomie wird das Individuum gleichsam auf sich selbst zurückgeworfen. „Autonomie“ verrutscht auf diese Weise zu einem Platzhalter für die Entsolidarisierung der Gesellschaft. Dagegen steht das Verständnis der BRK. Sie hat den Autonomiebegriff von dem kalten, metallenen Klang, den er zwischenzeitlich nicht selten angenommen hatte, befreit und einmal mehr deutlich gemacht, dass es sich, recht verstanden, um einen humanen Beziehungsbegriff handelt. Autonomie ist eigentlich immer *relationale Autonomie*.³² Letztlich bedarf jeder Mensch soziale Unterstützung, um selbstbestimmt leben zu können. Besonders deutlich wird dies in Situationen erhöhter Vulnerabilität, etwa bei Behinderung, im Falle schwerer Erkrankung oder in hohem Alter. Die Autonomie, dies es dabei zu fördern gilt, ist stets zugleich – in wie auch immer gebrochener, in manchen Fällen vielleicht nur rudimentärer Form – *vorzusetzen*. Man kann Autonomie nicht von außen „schaffen“, sondern nur in Wahrnehmung der stets kontingenten Möglichkeiten eines Menschen unterstützen.³³

Wie der Autonomiebegriff letztlich nur in Verbindung mit dem Inklusionsprinzip Sinn ergibt, so gilt im Gegenzug, dass die Inklusion ihren humanen Anspruch nur im Ernstnehmen der Autonomie der Menschen behaupten kann. Inklusion verlangt das sorgfältige Eingehen auf individuelle Bedürfnisse, Wünsche, Vulnerabilitäten, Potenziale, Ängste und Hoffnungen. Dies setzt ein hohes Maß an Achtsamkeit in der Inklusionspolitik voraus. Im Kontext des Rechts auf inklusive Bildung hat der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen kürzlich einmal mehr die Überwindung segregierender Strukturen angemahnt. Bei der gebotenen kritischen Prüfung, ob Fördereinrichtungen, insbesondere Förderschulen, faktisch auf Segregation hinauslaufen, muss zugleich indes die Orientierung am frei artikulierten Willen der betroffenen Menschen leitend bleiben. Beispielsweise bestehen in den Kreisen der Gehörlosen nach wie vor Befürchtungen, dass im Falle einer Auflösung besonderer Fördereinrichtungen die für das angemessene Erlernen der Gebärdensprache erforderliche Schülerdichte nicht mehr erreicht werden dürfte. Solche Befürchtungen lassen sich nicht beiseite wischen. Es stellt sich von daher die schwierige Aufgabe, einen besseren Anschluss an die „Welt der Hörenden“ gleichzeitig mit einer fortgesetzten Pflege der Gebärdenspra-

32 Dies gilt m.E. auch für den Kantischen Autonomiebegriff; vgl. Bielefeldt 2003.

33 Vgl. Beckmann 2017.

che zu verbinden. Grundzüge der Gebärdensprache auch in der Regelschule zu vermitteln, ist zweifellos ein sinnvolles Projekt, wird das Bedürfnis nach einem intensiven Erlernen dieser Sprache innerhalb der Gehörlosen vielleicht aber nicht ersetzen. Es darf jedenfalls nicht dazu kommen, dass die Betroffenen faktisch vor die Alternative von Differenzierung oder Segregation gestellt werden. Vielmehr verlangt die BRK die Suche nach nicht-separierenden Lösungen, die gleichwohl des besonderen Bedarfslagen beispielsweise Gehörloser, Blinder oder Taubblinder gerecht werden.³⁴

Dieses Beispiel illustriert die Notwendigkeit, differenzierte Wege zu beschreiten, und zwar in einer Kultur der Achtsamkeit gegenüber allen Betroffenen und den von ihnen artikulierten Wünschen, Bedürfnissen, Befürchtungen, Potentialen und Ideen. Nur eine komplex angelegte Inklusionspolitik kann der Autonomie der Individuen gerecht werden. Dass man als Konsequenz dessen nicht immer schon von vornherein genau sagen kann, was die Inklusion in konkreten Fällen bedeutet, gehört dazu, ja mag sogar heilsam sein. Innerhalb der Bildungsdiskussion warnt Uwe Becker davor, den Anspruch der Inklusion formelhaft zu verkürzen: „Die Grabenziehung ‚Förderschule gleich Exklusion – Regelschule gleich Inklusion‘ ist demnach simplifizierend und verbietet sich mit Blick auf die Qualität der inklusiven Regelbeschulung.“³⁵ Die Suche nach geeigneten Wegen braucht außerdem manchmal ihre Zeit. Im Modus von Fünfjahresplänen, bei denen es primär darum geht, bestimmte selbstgesetzte Quoten zu erfüllen, kann Inklusion nicht gelingen.

5. Schlussbemerkung

Die Verabschiedung der BRK gehört zu den wichtigsten menschenrechtspolitischen Durchbrüchen der letzten Jahre. Die Konvention schließt nicht nur eine Lücke im internationalen Menschenrechtsschutz. Auf dem Hintergrund vielfältiger Diskriminierungs- und Exklusionserfahrungen von Menschen mit Behinderungen entwickelt sie die tragenden Prinzipien des Menschenrechtsansatzes kreativ weiter. Sie trägt dazu bei, dem menschenrechtlichen Universalismus mehr Glaubwürdigkeit zu verschaffen, sie erweitert das Verständnis für Problemlagen und Anforderungen wirksamer Antidiskriminierungspolitik, und sie erinnert gegen neo-liberale Verkürzungen daran, dass Autonomie nur in unterstützenden Netzwerken – als „relationale Autonomie“ – gelebt werden kann. Auch in institutioneller und infrastruktureller Hinsicht beschreitet die

³⁴ Vgl. in diesem Sinne unter Berufung auf Artikel 24 Absatz 3 der BRK: Bernhard 2016: 166-182.

³⁵ Becker 2016: 165.

BRK neue Wege – was hier nicht thematisiert werden konnte.³⁶ Die BRK leistet damit einen Beitrag zur Öffnung und Humanisierung der Gesellschaft im Ganzen. All dies schwingt im Begriff der Inklusion mit.

Gut ein Jahrzehnt nach Verabschiedung der BRK und gut acht Jahre nach ihrem förmlichen Inkrafttreten in Deutschland (im März 2009) besteht nicht nur die Aufgabe, das Inklusionsprinzip gegen Skeptiker und ideologische Gegner zu verteidigen, was zweifellos nach wie vor notwendig ist. Darüber hinaus gilt es, Missverständnisse seitens mancher Protagonisten der Konvention kritisch aufzudecken, die den Anspruch der Inklusion mit Billiglösungen unterbieten, technokratisch engführen oder in utilitaristischen Kalkülen verspielen. Es ist an der Zeit, das Anspruchsniveau der Inklusion erneut in Erinnerung zu bringen.

Literatur

- Becker, Uwe 2016: Inklusionsbarrieren – Anmerkungen zur drohenden Entpolitisierung eines Menschenrechtsprojekts, in: Degener, Theresia et al. (Hrsg.): *Menschenrecht Inklusion*, 157-173.
- Beckmann, Jan P. 2017: Autonomie und Selbstbestimmung auch am Lebensende. Überlegungen aus ethischer Sicht, in: Welsh, Caroline et al. (Hrsg.): *Autonomie und Menschenrechte am Lebensende. Grundlagen, Erfahrungen, Reflexionen aus der Praxis*, Bielefeld: transcript, 27-43.
- Bernhard, Thomas 2016: *Anforderungen an ein inklusives Bildungssystem nach der UN-Behindertenrechtskonvention. Eine Untersuchung der Rechtslage im Freistaat Bayern*, Baden-Baden: Nomos.
- Bielefeldt, Heiner 1998: *Philosophie der Menschenrechte*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Bielefeldt, Heiner 2003: *Symbolic Representation in Kant's Practical Philosophy*, Cambridge: CUP.
- Bielefeldt, Heiner 2009: *Das Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention*. Essay des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 3. erweiterte Auflage, Berlin: DIMR.
- Degener, Theresia 2016: Völkerrechtliche Grundlagen und Inhalt der UN BRK, in: Degener, Theresia et al. (Hrsg.): *Menschenrechte Inklusion*, 11-51.
- Degener, Theresia/Eberl, Klaus/Graumann, Sigrid/Maas, Olaf/Schäfer, Gerhard K. (Hrsg.) 2016: *Menschenrecht Inklusion. 10 Jahre UN-Behindertenrechtskonvention – Bestandsaufnahme und Perspektiven zur Umsetzung in sozialen Diensten und diakonischen Handlungsfeldern*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Graumann, Sigrid 2016: Menschenrechtsethische Überlegungen zum notwendigen Paradigmenwechsel im Selbstverständnis von Sozialpolitik und sozialen Diensten, in: Degener, Theresia et al. (Hrsg.): *Menschenrecht Inklusion*, 52-73,
- Mißling, Sven/Ückert, Oliver 2014: *Inklusive Bildung. Schulgesetze auf dem Prüfstand*. Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin: DIMR.
- Wocken, Hans: Die verführerische Faszination der Inklusionsquote. Ein Aufschrei gegen die Etikettierungsschwemme und den Separationsstillstand, in: *Magazin Auswege. Perspektiven für den Erziehungsalltag*, 4. Februar 2016, 1-21.

³⁶ Vgl. dazu Bielefeldt 2009.

Ingrid Leijten

Indivisible Human Rights and Core Social Rights Protection under the European Convention on Human Rights¹

1. Introduction

One of the most notable dichotomies in human rights discourse is that between ‘permissible’ civil and political rights review and ‘impermissible’ social rights review. Civil and political rights such as the freedom of expression and the right to vote have generally been accepted as important sources of legal obligations that are subject to review by courts. The primary example of such effective civil and political rights protection at the international level is offered by the European Convention on Human Rights (ECHR) and the European Court of Human Rights’ (ECtHR) application of this Convention to individual complaints. International human rights of a socio-economic kind, such as rights to housing, health, and social security, have generally been taken less seriously, at least in the legal sphere. It is often considered that the policy dimensions and budgetary implications of such rights prevent or at least limit the possibilities for rendering binding decisions on the basis of individual complaints. After all, how can a non-elected judge determine what (costly) measures such socio-economic rights *in concreto* demand? Especially international courts, moreover, are often considered unfit for the task of setting binding standards for national social policies and practises.

The perceived distinction between ‘permissible’ civil and political rights review and ‘impermissible’ economic and social rights review (O’Cinneide 2014: 300) has led to unequal chances for those seeking judicial recognition of their rights. An individual confronted with a serious deprivation of socio-economic needs generally cannot invoke a human rights argument before a court to the same extent as can someone confronted with an interference with his classical rights. Yet things have been, and continue to be, changing. Over the years, the argument that economic and social rights

1 This contribution is based on a lecture held at the Centre for Human Rights Erlangen-Nürnberg (CHREN) on 21 June 2017. The author would like to thank the audience for their questions and comments.

are in fact not so different from their civil and political counterparts has become more prominent. Partly as a result of this, international socio-economic rights are now gaining momentum, in the sense that the barriers that prevented these rights from forming the starting point for (semi-)judicial review are slowly being broken down. A telling example is the entering into force of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), allowing for collective and individual communications. Moreover, besides the fact that socio-economic rights are increasingly being taken seriously, another trend is visible as well. Social rights are regularly protected on the basis of civil and political rights documents and provisions. The case law of the ECtHR illustrates this: by broadening the scope of several ECHR rights, this court has extended its jurisdiction to issues concerning housing, health care, social security, etc. (Koch 2009, cf. also Brems 2007, Warbrick 2007, Palmer 2009, Mantouvalou 2009, Leijten 2018).

Altogether, it can be said that the ‘indivisibility’ of civil and political and socio-economic rights is becoming increasingly visible in judicial practice. In this contribution, I will illuminate the increasing overlap of international civil and political and socio-economic rights protection by exploring this idea and more particularly the increasing protection of social rights on the basis of the ECHR. I will argue that this development comes with important chances but also brings up a number of questions. An important issue is whether the tools that are generally used for rendering civil and political rights definitive, are actually capable of providing robust social rights protection, or whether other legal techniques are needed.

My contribution is set up as follows. Section 2 concerns the increasing prominence of socio-economic human rights and the role of the idea of indivisibility in this regard. This section outlines the current potential of (the justiciability of) social rights, both under socio-economic rights norms as well as in the context of civil and political ones. To illustrate the latter, section 3 turns to the growing socio-economic dimension of the ECHR. I will explain how the techniques used by the ECtHR at first glance allow for recognizing a broad range of social guarantees under the ECHR, yet at the same time bar a more explicit recognition thereof. Legal indivisibility, in other words, comes with chances as well as limitations. In this regard, it is worthwhile to explore the possibilities of core rights protection, which entails that a distinction is made between the core or essence of (social) rights, and the more peripheral aspects thereof. As I will explain in section 4, a focus on core rights directs the attention to the interests of the most needy and may therefore improve the protection of social rights on the basis of what are traditionally seen as civil rights provisions.

2. Protecting Social Rights Through Indivisible Rights Protection

Social rights are often considered ‘too vague’ to allow for judicial protection. Their wording for example requires states ‘to take steps’ so that everyone can enjoy ‘the highest attainable standard of physical and mental health’ (Article 12 ICESCR). This leaves plenty of room for political debate on the actual interpretation of a right implying that courts cannot determine what an individual can justifiably claim. However, the orthodox position that social rights should be non-justiciable has increasingly come under pressure. It is argued that social rights are not fundamentally different from civil and political rights and that there is hence no reason to categorically exclude them from judicial protection (see, for example, Fabre 1998). Civil rights, too, may require positive, costly protection. For example, a right to vote requires that elections be regularly organized whereas the freedom to demonstrate demands adequate regulations as well as police involvement. Conflicts, in the sense that the protection of one right may come at the expense of that of another, also occur in the field of civil rights. Still, rendering social rights justiciable in the sense of giving (international) courts the final say on compliance in individual circumstances, can be seen as a ‘risky enterprise’ (King 2012: 9). After all, if one person is granted the right to expensive life-prolonging medication, the (budgetary) consequences of extending this right to those in similar circumstances may be large and moreover problematic.

This notwithstanding, a shift is actually visible in international legal practice: on the one hand, economic and social rights norms are gaining importance as sufficiently clear legal standards that can be applied by non-elected bodies. On the other hand, a broad interpretation of civil and political rights provisions has given these rights an unmistakably social dimension. I will first briefly discuss how social rights are concretized and (as a corollary thereof) have become more suitable for judicial protection, to then turn to the topic of indivisibility and the legal dimension thereof.

2.1 CONCRETIZATION AND JUDICIALIZATION

Regardless of the ‘dominant narrative’, holding that rights review is concerned with negative obligations related to classical rights (Möller 2012), it has become increasingly accepted that the distinction between the different categories of rights is merely artificial. A first reason for this is that the meaning of socio-economic rights provisions has been expanded upon in an authoritative manner in order to render these rights more workable. The obligations of progressive realization to the maximum of a state’s availa-

ble resources (Article 2(1) ICESCR) highlights the fact that even if social rights cannot be guaranteed entirely immediately, best efforts should be made. The requirement of non-retrogression clarifies that in order to respect, protect and fulfil social rights, existing standards of protection should be maintained. Important in this regard are the Limburg Principles (1986) clarifying the obligations stemming from socio-economic rights, as well as the Maastricht Guidelines (1997) identifying the legal implications of acts and omissions that count as violations thereof.² In line with this, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) has over the years published a long list of General Comments in which it has outlined more precisely the meaning of the ICESCR rights.³ An illustration can be given regarding the right to adequate housing (Article 11(1) ECHR). This right implies that there must be legal security of tenure, i.e. legal protection against forced eviction, harassment and other threats. Moreover, a house must contain certain facilities like access to natural and common resources, energy for cooking, sanitation, etc., and it should be affordable, habitable, accessible and ‘culturally adequate’. Finally, the requirement of ‘location’ implies that ‘adequate housing must be in a location which allows access to employment options, health-care services, schools, child care centres and other social facilities’.⁴ In its various General Comments, the CESCR has moreover identified minimum core obligations that must be fulfilled from the outset in order to ensure compliance with the ICESCR. I will get back to the idea of core social rights and obligations at the end of this contribution. The concretization of social rights has been corroborated by academic efforts to clarify in more abstract terms the importance of the availability of social rights entitlements through legal and other avenues. Fredman, for example, has emphasized the ability of individuals to exercise their rights, which requires the state to take positive action (Fredman 2008). Some years ago, King, O’Connell, and Young have added their views to the debate on social rights by giving accounts of the constitutionalization and adjudication (King 2012), judicial vindication (O’Connell 2012), and constituting of economic and social rights (Young 2012), respectively.

Recent developments in international social rights protection confirm the increased belief in socio-economic rights review. The ICESCR was adopted in 1966 and

2 Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc. E/CN.4/1987/17; Maastricht Guidelines on Violation of Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/2000/13.

3 See, for the various General Comments, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

4 CESCR, General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11(1) of the Covenant), 13 December 1991, E/1992/23, para. 8.

contains and extensive list of rights including the right to work (Article 6 ICESCR), the right to social security (Article 9 ICESCR), and the right to an adequate standard of living (Article 11 ICESCR). Besides publishing General Comments, the CESCR monitors compliance with these rights on the basis of state reports. Only recently, however, it obtained the power to decide on individual rights entitlements on the basis of concrete complaints. In May 2013, the Optional Protocol to the ICESCR entered into force, allowing for individual and collective communications. Thus far only twenty-one states have ratified this protocol, yet there is now an emerging body of case law in which the ICESCR rights are given concrete meaning in the context of individual complaints.⁵ Besides the Optional Protocol, at the European level the possibility of bringing collective complaints on the basis of the (Revised) European Social Charter ((R)ESC), as well as the inclusion of social rights norms – under the header of ‘Solidarity’ – in the Charter of Fundamental Rights of the European Union can be mentioned. These different international trends must be seen in the light of developments at the national, constitutional level, in Europe and elsewhere. Numerous and especially more recent constitutions include justiciable social rights norms. A model example is the Constitution of South Africa of 1996, which renders socio-economic rights explicitly justiciable. Other constitutions however allow for more implicit, indivisible social rights protection, which is the trend to which I now turn.

2.2 INDIVISIBLE RIGHTS PROTECTION

The idea of the ‘indivisibility’ of rights is not a recent invention of human rights defenders propagating the justiciability of all human rights provisions. Rather, the notion of indivisibility can be traced back to the time in which the modern human rights *acquis* came into being (Koch 2009: 1). Already the United Nations General Assembly Resolution 421 (V), dating from 4 December 1950, states that ‘the enjoyment of civic and political freedoms and of economic, social and cultural rights are interconnected and interdependent’.⁶ The UN resolution that eventually separated the civil and political from the economic, social and cultural rights at the international level, continued to make mention of the idea of indivisibility and stresses that

5 For an overview of pending cases considered under the Optional Protocol, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx>.

6 UN General Assembly, Draft International Covenant on Human rights and measures of implementation: future work of the Commission on Human Rights, Fifth Session, 4 December 1950, UN Doc. A/RES/421.

‘when deprived of economic, social and cultural rights, man does not represent the human person whom the Universal Declaration regards as the ideal of the free man’.⁷ Moreover, the Vienna Declaration (1993) holds that ‘[t]he international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis’.⁸ Indivisibility is thus not only imperative in that there exists an inevitable overlap between the civil and the social sphere. It also suggests that human rights must be treated as such, i.e., that the international community and the relevant actors should act upon the inseparableness of the different human rights norms. Ideally, thus, indivisibility entails that these norms should be comprehended and applied not in isolation, but in the light of the larger whole of human rights (Koch 2006, 2009).

However, this is easier said than done. Koch in this regard makes a helpful distinction between indivisibility as a political notion, and indivisibility in the legal sphere. It is a matter of fact that someone will not survive without food; ‘[h]uman needs and human activity are not confined to the terms of a treaty’ and this should be considered relevant at least in a political context. It is a different thing, however, for a judge to hold ‘that the right to freedom of expression has been violated because a citizen has not learnt how to read and write’ (Koch 2006: 407). It follows from the existence of separate international treaties and provisions, that indivisibility is much more contentious as a legal principle than as a political notion. Courts are bound by the wording of the provisions they protect. Especially international (quasi-)judicial bodies must be mindful to stick to acceptable interpretations thereof.

Yet it can no longer be argued that ‘legal indivisibility’ does not exist at all. As many authors agree, the ECtHR forms a prominent example of a court that seems willing to move beyond apparent borders between the categories of civil and political and economic and social rights (see, for example, Brems 2007, Koch 2009, Palmer 2009, O’Cinneide 2015). At the same time, also the developments concerning social rights norms emphasize that the two types of human rights increasingly resemble one another. Socio-economic rights norms may protect interests of a more civil or political kind,⁹ yet more important in terms of ‘legal indivisibility’ is that their increased jus-

7 UN General Assembly, Preparation of two Draft International Covenants on Human Rights, 5 February 1952, UN Doc. A/RES/453 (IV).

8 UN General Assembly, Vienna Declaration and Programme of Action, 12 July 1993, A/CONF.157/23.

9 For example when the protection of socio-economic rights leads to the recognition of ‘procedural’ fair trial guarantees. Cf. I.D.G. v. Spain (Communication No. 2/2014, Views of the CESCR under the OP to the ICESCR (fifty-fifth session) (1-19 June 2015), UN doc. E/C.12/55/D/2/2014).

ticiability supports the claim that socio-economic rights can form the starting point for case-based review as well. As I will come to discuss in a bit, doctrinal tools like proportionality review – especially when combined with the recognition of positive obligations – may just as well be applied in the area of social rights. Primarily, however, legal indivisibility seems to be the result of teleological and other methods of interpretation that prefer a broad over a narrow scope of rights provisions. When the right to life is understood as covering more than a right not to die as a result state violence, obligations related to health care and other living conditions become relevant as well. When a provision guaranteeing human dignity is understood to require the provision of a subsistence minimum, we have no doubt entered the social rights sphere.¹⁰

3. Social Rights Protection under the ECHR

Indivisible, social rights protection under the ECHR holds great promise. This is the case not in the least because, compared to other (quasi-)judicial bodies like the European Committee of Social Rights, that adopts decisions on collective complaints on the basis of the (R)ESC, the impact of ECtHR judgments is of greater (legal) significance. Not only are ECtHR judgments binding for the parties involved in a case (Article 46 ECHR), in fact this court's rulings are considered to have *erga omnes* effect and thus even extend beyond the contours of a particular complaint (Gerards 2009: 409-10). Several examples can illustrate the range of social rights that have obtained protection under the Convention. Especially the right to respect for private life (Article 8 ECHR) and the protection of property (Article 1 of the First Protocol to the ECHR), but also the prohibition of inhuman and degrading treatment (Article 3 ECHR) and discrimination (Article 14 ECHR) have proven fruitful in this regard. At the same time, a broad interpretation of rights does not necessarily equal robust social rights protection. As I argue in this section, 'rights inflation' in combination with 'balancing' individual rights against the general interest as a means of determining which of the two prevails, may hamper the potential of social entitlements qua individual rights. This especially holds true when at the international level, a court like the ECtHR is likely to grant the state a wide 'margin of appreciation' whenever social policy issues are concerned.

¹⁰ See the case law of the German Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 125, 175, 1 BvL 1/09 of 9 February 2010 (Hartz IV) and BVerfGE 132, 134, 1 BvL 10/10, of 18 July 2012 (Asylum Seekers Benefits).

3.1 A BROAD INTERPRETATION OF ECHR RIGHTS

Already in the 1979 case of *Airey v. Ireland*, the ECtHR has held that

[w]hilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers ... that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.¹¹

The *Airey* case concerned the question of whether Article 6(1) ECHR (the right to access to court) also gives rise to positive state duties. Mrs Airey could not afford any legal assistance, and regardless of the ‘social’ character of this obligation, the ECtHR concluded that the right to free legal aid can under circumstances also be invoked in civil law suits.

By now, plenty of examples of socio-economic rights protection under the ECHR can be added. Not only under the ‘procedural’ Article 6, but also on the basis of substantive provisions, the ECtHR often deals with cases concerning housing, health, and social security. With regard to housing it can be noted that Article 8(1) ECHR contains a ‘right to respect for the home’. The fact that ‘home’ is explained in a very broad sense – including places where someone is staying illegally due to a lack of alternatives – has allowed the Court to protect individuals running the risk of becoming homeless.¹² Moreover, the ECtHR has read an invitation into Article 8’s ‘respect for private and family life’ limb to hold that the Convention entails positive obligations in the field of housing. In *Marzari v. Italy*, a severely disabled applicant complained about the authorities’ failure to provide him with adequate accommodation. Here the Court held that

although Article 8 does not guarantee the right to have one’s housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such refusal on the private life of the individual.¹³

The ECtHR has also rendered several important judgments on the issue of Roma housing. There it made clear that in case of eviction there may rest positive obligations

11 *Airey v. Ireland*, ECtHR 9 October 1979, appl. no. 6289/73, para. 26.

12 *McCann v. the UK*, ECtHR 13 May 2008, appl. no. 19009/04.

13 *Marzari v. Italy*, ECtHR 4 May 1999 (dec.), appl. no. 36448/97. See. also *Botta v. Italy*, ECtHR 24 February 1998, appl. no. 21439/93.

on the state under the ECHR to facilitate the Roma way of living and provide for adequate alternative housing.¹⁴

The ECHR also offers room for health and health care related complaints. *Sentges v. the Netherlands*, for example, dealt with a child's request for a robotic arm, which would enable him to live his life more autonomously. The Court repeated that positive obligations under Article 8 in this context might exist.¹⁵ It arrived at the same conclusion in the case of *Nitecki v. Poland*, which dealt with an ALS patient who requested a health insurance refund covering the cost of the drug that was prescribed to him. In *D. v. the United Kingdom*, the ECtHR engaged the prohibition of inhuman and degrading treatment of Article 3 ECHR in a complaint on expulsion and health care – the absolute protection of this Article implied that the applicant, who was suffering from a terminal and incurable illness, was not allowed to be returned to his country of origin.¹⁶ What is more, in several cases the ECtHR has confirmed that someone's socio-economic circumstances more generally may constitute a violation of Article 3. An example is the well-known case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*. According to the Grand Chamber of the ECtHR, the responsibility of the state under Article 3 can be engaged 'where an applicant, who was wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity'.¹⁷ In exceptional circumstances, the right to life (Article 2 ECHR) can be applicable to a state's failure to prevent serious deprivation of socio-economic needs resulting in death.¹⁸

Finally, an important subset of the ECtHR's case law today concerns social security. The protection of social security issues has developed foremost under the right to protection of property (Article 1 of the Protocol No. 1 (P1) to the ECHR). In the earlier case law, only benefits that could clearly be linked to prior paid contributions, were protected under this article.¹⁹ However, in 2005, the ECtHR clarified that virtually all social security benefits (including pensions etc.) can trigger Convention protection. In the case of *Stec and others v. the United Kingdom*, it stressed that the

14 See, for example, *Yordanova a.O. v. Bulgaria*, ECtHR 24 April 2012, appl.no. 25446/06; *Winterstein a .O. v. France*, ECtHR 17 October 2013, appl. no. 27013/07.

15 *Sentges v. the Netherlands*, ECtHR 8 July 2003 (dec.), appl. no. 27677/02.

16 *Nitecki v. Poland*, 21 March 2002 (dec.), appl. no. 65653/01.

17 *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ECtHR (GC) 21 January 2011, appl. no. 30696/09, para. 253.

18 *Nencheva a. O. v. Bulgaria*, ECtHR 18 June 2013, appl. no. 48609/06.

19 See, for example, *X. v the Netherlands*, EComHR 18 December 1973 (dec.), appl. no. 5763/72; *G. v. Austria*, EComHR 14 May 1984 (dec.), appl. no. 10094/82.

variety of funding methods in the member states made it ‘appear increasingly artificial’ to regard only contributory benefits to fall within the scope of Article 1 P1:

In the modern, democratic State, many individuals are, for all or part of their lives, completely dependent for survival on social security and welfare benefits. Many domestic legal systems recognize that such individuals require a degree of certainty and security, and provide for benefits to be paid – subject to the fulfilment of the conditions of eligibility – as of right.²⁰

Since *Stec*, the ECHR has been applied to a broad range of social security issues concerning access to a social security system,²¹ or the height of a benefit.²² Even if a benefit has been erroneously granted, property protection may apply.²³ In the recent case of *Bélané Nagy v. Hungary*, the ECtHR concluded that there was a violation of the right to protection of property because the individual concerned had a legitimate expectation to receive an unemployment benefit or pension.²⁴ In this case the conditions set by national law for receiving such a benefit had not been met, and it hence appears that the ECtHR here has created the possibility to recognize a self-standing, positive right to receive social security benefits under the ECHR.

The examples of housing, health, and social security cases in the ECtHR’s case law make clear that the ECHR protects interests that could just as well be linked to economic and social rights. The socio-economic protection granted by the ECtHR can be understood, first, as a means to ‘effectuate’ the rights enshrined in the Convention. After all, the ECtHR sees to it that these rights are ‘practical and effective’, and not illusory, for those who invoke them. This legitimizes a broad interpretation of the various provisions. Secondly, however, the increasing socio-economic dimension of the Convention may be explained by the idea of the indivisibility of human rights, and more in particular by the fact that this indivisibility – besides in a political context – can also be meaningful in legal practice.

3.2 RIGHTS INFLATION AND PROPORTIONALITY REVIEW

Regardless of its potential, an indivisible interpretation of rights does not equal effective individual social rights protection. In this regard it is important to note that human

20 *Stec a.O. v the UK*, ECtHR (GC) 6 July 2005 (dec.), appl. nos. 65731/01 and 65900/01, para. 51.

21 *Luczak v. Poland*, ECtHR 27 March 2007 (dec.), appl. no. 77782/01

22 *Carson a. O. v. the UK*, ECtHR (GC) 16 March 2010, appl. no. 42184/05.

23 *Moskal v. Poland*, ECtHR 15 September 2009, appl. no. 10373/05, para. 39.

24 *Bélané Nagy v. Hungary*, ECtHR 10 February 2015; ECtHR (GC) 13 December 2016, appl. no. 53080/13.

rights review in principle takes place in two stages. The first is the stage of interpretation, at which it is determined whether the interest complained about is covered by the norm invoked. For example, in order to complain under the right to freedom of speech, it must be determined whether an actual act of speech was involved. What results from interpretation is what is often called a *prima facie* right (cf. Alexy 2002). This means that there is a right at stake, but does not imply that this right cannot be legitimately interfered with.²⁵ At the second stage, the interference is reviewed. It is seen for what reason the right at stake was limited, and whether, given the particular circumstances, this was justified. Not every act of freedom of speech can be granted eventual protection, as there may be important grounds for restricting this right in certain contexts.

Now in the case of – especially – classical rights norms, reviewing an interference with a right very often occurs by means of a proportionality test. The proportionality test, which has been developed to an important extent by the Federal Constitutional Court of Germany, and has carefully been expounded by scholars such as Alexy (2002), and more recently Barak (2012), consists of multiple sub-tests. The first of these is whether an interference with fundamental rights served a legitimate aim. After that, it is asked whether the measure or means chosen was ‘suitable’ and moreover ‘necessary’ to achieve this legitimate aim. The final question is whether the interference was proportional *stricto sensu*, i.e. whether its gains outweigh the loss incurred through the limitation of the right. This final test, which boils down to ‘balancing’ the rights of the individual against the general interest and/or the rights of others, is seen as illustrative of what proportionality is about. It finds much expression in the ECtHR’s approach, which can partly be explained by the wording of the various provisions of the Convention. Articles 8-11 ECHR require a limitation to be ‘necessary in a democratic society’, while Article 1 of the First Protocol speaks of the possibility of ‘necessary’ controls on the use of property. The ECtHR takes account of the various considerations relevant on both sides of the scale, to then reach a conclusion on whether or not a Convention right has been breached (see generally, Christoffersen 2009).

Yet it may be asked whether proportionality review forms an adequate means for securing social rights protection on the basis of civil rights provisions. Arguably, especially when socio-economic rights are involved, the first sub-tests of the proportionality analysis become relatively meaningless. After all, it always appears ‘legitimate’ and ‘suitable’ to cut social spending with the aim of saving resources (Möller 2012: 179).

²⁵ Note however that some rights, such as the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment of Article 3 ECHR, have an absolute character.

Whether the exact measure chosen is ‘necessary’ is difficult for a court, let alone an international court, to determine, and the benefit of the doubt will usually be given to the legislature. But weighing social rights claims against legitimate gains that were democratically decided upon, easily favours the latter over the former. This is particularly so in a context where the national authorities are granted a variable ‘margin of appreciation’. The ECtHR has repeatedly held that in the context of general measures of economic and social strategy, this margin is considered to be a wide one.²⁶ It is understandable that the ECtHR is unwilling to impose on states detailed and far-reaching socio-economic obligations, especially now that social rights were not explicitly included in the Convention. The ECtHR’s role is a sensitive one, and especially in times in which human rights and judicial interpretations thereof are vulnerable to criticism, the margin of appreciation doctrine provides a way out for a court that does not want to risk losing its reputation in Europe and beyond.

Thus, a generous interpretation of rights combined with plenty of room for justifying limitations by the state on the other, may be seen as extending protection with one hand to then take it away with the other. ‘Great scope, little depth’, as Cousins has characterized the social security case law under the right to protection of property by the ECtHR (Cousins 2009). And indeed, there are plenty of examples of cases in which the fact that the ECtHR held an ECHR provision applicable to a complaint about health, or housing, or social security, did not result in eventual protection being granted. In the case of *Marzari*, it concluded that there is ‘no positive obligation for the local authorities can be inferred from Article 8 to provide the applicant with a specific apartment’,²⁷ while in *Sentges* and *Nitecki* the ECtHR could not assist the applicants in securing a robotic arm and a refund for the drugs needed, respectively.²⁸ In *Stec and others*, the fact that the right to protection of property applied, did not mean that the unequal treatment complained about actually violated the Convention.²⁹

More generally, the Court is hesitant to admit that social rights are protected under the Convention. Although it may give hints as to what interferences with social guarantees are unlikely to be justified under the ECHR, it particularly emphasizes what

26 See, for example, *Stec a. O. v. the UK*, ECtHR (GC) 12 April 2006, 65731/01 and 65900/01, para. 52; *Stummer v. Austria*, ECtHR (GC) 7 July 2011, 37452/02, para. 89; *Taskin a. O. v. Turkey*, ECtHR 10 November 2004, 46117/99, paras.116-117; *Fadeyeva v. Russia*, ECtHR 9 June 2005, 55723/00, para. 104.

27 *Marzari v. Italy*, ECtHR 4 May 1999 (dec.), appl. no. 36448/97.

28 *Sentges v. the Netherlands*, ECtHR 8 July 2003 (dec.), appl. no. 27677/02; *Nitecki v. Poland*, 21 March 2002 (dec.), appl. no. 65653/01.

29 *Stec a.O. v the UK*, ECtHR (GC) 6 July 2005 (dec.), appl. nos. 65731/01 and 65900/01.

cannot be expected on the basis thereof. As an illustration, it has held that ‘Article 3 does not place an obligation on the Contracting States to alleviate the disparities between the levels of health care available in various countries’, and neither does it entail ‘any general obligation to give refugees financial assistance to enable them to maintain a certain standard of living’.³⁰ In *Bulgakova v. Russia*, it made clear that ‘the Convention does not guarantee, as such, socio-economic rights’.³¹

4. The Potential of Core Rights Protection

Most human rights are no absolutes and it is therefore understandable that there is a gap between what is *prima facie*, and what is eventually protected. When social security benefits are considered proprietary interests that fall within the scope of the right to protection of property, this cannot mean that such benefits can never be lowered or even taken away entirely. At the same time, granting a wide margin of appreciation in cases concerning socio-economic rights cases generally, does not do justice to the idea of effective, indivisible rights protection. When this results in a deferential balancing exercise, social rights adjudication on the basis of civil and political rights norms has only very little added value.

As I extensively argue elsewhere, the notion of core rights protection in this regard can provide important inspiration for the ECtHR’s social rights protection (Leijten 2018, forthcoming). I will not go into the technical ins and outs of core rights protection here, but instead conclude with three more general remarks on why core rights protection may pave the way towards a more promising approach to indivisible protection under the Convention.

The idea of core rights and minimum core obligations related to socio-economic rights dates back to the 1980s.³² Philip Alston, then Rapporteur of the CESCR, discussing the Committee’s efforts to clarify the normative content of these rights, wrote that ‘each right must ... give rise to a minimum entitlement, in the absence of which a state party is in violation of its obligations’ (Alston 1987: 353). Not much later, in 1990, the CESCR in its General Comment No. 3 clarified that ‘a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels

30 *Hristozov v. Bulgaria*, ECtHR 13 November 2012, appl. nos. 47039/11 and 358/12, para. 113; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ECtHR (GC) 21 January 2011, appl. no. 30696/09, para. 249.

31 *Bulgakova v. Russia*, ECtHR 18 January 2007, appl. No. 69524/01.

32 The idea of core rights protection is however older, and can also be found in art. 19(2) of the German Basic Law, holding that in no case may the essence of a right be infringed upon.

of each of the rights is incumbent upon every State party'.³³ This in order to prevent the requirement of progressive realisation of these rights from becoming meaningless: as long as states can determine for themselves where to spend the available budget, compliance can hardly be monitored. The idea of core rights protection has travelled to the sphere of social rights adjudication. For example, in the South African debate on judicial rights protection it is argued that the recognition of core rights would enable a court to give (more) substantive content to the constitutional social rights, and that by focussing on the requirement of 'reasonableness', the Constitutional Court misses out on important opportunities to actually improve the social situation of the poor (Bilchitz 2007).

If a close look is had at the theory and practice of core rights protection, at least three general insights can be mentioned that can also aid the ECtHR in developing the socio-economic dimension of the ECHR. The first may seem obvious, but is clearly often overlooked in the reasoning of the ECtHR. The idea of core rights protection emphasizes that a distinction can be made between various aspects that could fall within the scope of a particular rights norm or provision. Especially when rights are understood in a broad fashion, and the *prima facie* protection they offer covers different fields and a variety of interests, it is helpful to differentiate between more and less essential guarantees. Hence in order to provide robust indivisible, social protection, the ECtHR need not protect social rights 'generally', but could very well argue that minimum levels of these rights are worth protection under (different provisions of) the Convention. The question what such minimum levels entail is a different and – admittedly – complex one. Yet it seems fair to say that the facts of a case are likely to disclose whether minimum social protection was at stake, whereas it is not up to a court like the ECtHR to determine in more abstract terms the necessary quantity or quality of core social entitlements.³⁴ Merely recognizing that rather than social rights broadly speaking, essential aspects thereof deserve protection will make the ECtHR's case law more insightful.

The other two insights follow from this overall point. First, when absolute rights such as Article 3 are concerned, core rights cannot function as 'limits to limitations', i.e. they cannot be utilized to clarify when a limitation of such a right is no longer

33 CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2(1) of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23, para. 10

34 Cf. BVerfGE 125, 175, 1 BvL 1/09 of 9 February 2010 (Hartz IV), para. 142, where the Bundesverfassungsgericht clarified that it remains up to the legislator to determine the precise content of the right to a subsistence minimum.

justified as such limitations are prohibited anyway. Rather, a reference to core social rights may then clarify when the minimum level of severity that triggers the protection of this article is attained. It is obvious that not every disparity in the provision of health care must be avoided in order to prevent ‘inhuman treatment’ – when minimum levels of care and core guarantees (such as those recognized by the CESCR) however are lacking, this may be reason to secure protection on the basis of the Convention. Secondly, in the case of limitable rights such as the right to respect for private life or the right to protection of property, besides the interpretation of these rights a focus on core rights can give hand and feet to the ECtHR’s proportionality review and ensure that it is not overshadowed by a great degree of deference in the form of a wide margin of appreciation. Put simply, if core socio-economic guarantees are at stake, rather than applying such a margin, the ECtHR’s review should be sufficiently strict to do justice to the importance of indivisible rights protection.

Fortunately, a core rights inspired approach is not completely absent from the case law of the ECtHR. In fact, it appears that over the past years, this court has become more willing to refer to the idea of the essence of rights in order to clarify why some social rights entitlements are, and why other are not protected under the Convention. I will end with a recent example of a case which I think is a promising example of meaningful core social rights protection, without the ECtHR losing sight of the limits to its adjudicative powers in the light of the rights provisions at its disposal. In *Baczúr v. Hungary*, the ECtHR held that a temporary reduction of a disability benefit violated Article 1 P1. In its proportionality test, it explicitly had regard to the fact that the essence of the applicant’s pension rights had been interfered with, and that for a given period he received not even 60 % of the minimum subsistence level in Hungary at the time.³⁵ Even though this did not invite the ECtHR to narrow the margin of appreciation, it at least signals that while social rights are not protected generally, core social guarantees will be taken seriously in the context of judicial review on the basis of the Convention.

5. Conclusion

It was the aim of this contribution to discuss the development of (quasi-)judicial social rights protection and especially the idea of indivisibility in this regard. Indivisibility of rights can no longer be regarded as a mere political notion; it clearly has legal implications whenever civil rights provisions form the starting point for reaching

³⁵ *Baczúr v. Hungary*, ECtHR 7 March 2017, appl. No. 8263/15.

binding decisions on individual social rights complaints. This is what is happening in the case law of the ECtHR, which increasingly deals with issues concerning for example housing, health, or social security. This forms a welcome development, because besides providing an alternative for (the lack of) judicial protection of social rights norms, it underlines the fact that social rights in fact can be subject to review by courts.

Still, the ECtHR's willingness to review a broad range of complaints does not necessarily mean that it provides effective social rights protection. This has to do with the distinction that can be made between the interpretation of the rights of the ECHR and the eventual protection these rights offer. A broad interpretation of 'private life' or 'property' ensures that complaints on housing issues or social benefits are not considered incompatible *ratione materiae* with the ECHR. The *prima facie* protection offered is however often overshadowed by a balancing test informed by a wide margin of appreciation. Hence we should not get our hopes up too high, at least not until the ECtHR is willing to recognize more explicitly the importance of social rights, or at least of some aspects thereof. In the final part of this contribution the notion of core rights protection was introduced as a potential aid in this regard. The idea that a court like the ECtHR, that is tied to the wording of the provisions enshrined in the ECtHR, can strike a middle way between social rights activism and a denial of specific individual entitlements in this field, provides hope for social rights protection at both the international and the national level.

Bibliography

- Alexy, Robert 2002: *A Theory of Constitutional Rights*, transl. Julian Rivers, Oxford University Press.
- Barak, Aharon 2012: *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press.
- Bilchitz, David 2007: *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press.
- Brems, Eva 2007: Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights, in: D. Barak-Erez, Daphne/ Gross, Aeyal M. (eds.): *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Oxford: Hart Publishing, 135-167.
- Christoffersen, Jonas 2009: *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cousins, Mel 2009: The European Convention on Human Rights, Non-Discrimination and Social Security: Great Scope, Little Depth?, in: *Journal of Social Security Law*, 16, 118-136.
- Fabre, Cécile 1998: Constitutionalizing Social Rights, in: *Journal of Philosophy*, 6, 263-284
- Fredman, Sandra 2008: *Human Rights Transformed: Positive rights and positive duties*, Oxford University Press.

- Gerards, Janneke 2009: Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights, in: Huls, Nick/ Adams, Maurice/ Bomhoff, Jacco (eds.): *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 407-436.
- King, Jeff 2012: *Judging Social Rights*, Cambridge University Press.
- Koch, Ida Elisabeth 2006: Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective', in: *The International Journal of Human Rights*, 10, 405-430.
- Koch, Ida Elisabeth 2009: *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Leijten, Ingrid 2018 (forthcoming): *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press.
- Mantouvalou, Virginia 2009: N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?, in: *Modern Law Review*, 72, 815-828.
- Möller, Kai 2012: *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press.
- O'Connell, Colm 2014: 'The Problematic of Social Rights—Uniformity and Diversity in the Development of Social Rights Review' in: Lazarus, Liora/ McCrudden, Christopher/ Bowles, Nigel (eds.): *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford: Hart Publishing, 299-317.
- O'Connell, Paul 2012: *Vindicating Socio-Economic Rights. International Standards and Comparative Experiences*, London: Routledge.
- Palmer, Ellie 2009: Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights, in: *Erasmus Law Review*, 2, 397-425.
- Warbrick, Colin 2007: Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights in: M.A. Baderin and R. McCorquodale, *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, 241-256.
- Young, Katharine G. 2007: *Constituting Socio-Economic Rights*, Oxford University Press.



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

Neuerscheinung

Andreas Petrik,
Stefan Rappenglück (Hg.)

Handbuch Planspiele in der politischen Bildung

In Planspielen setzen sich Schülerinnen und Schüler aktiv mit einem Unterrichtsthema oder einer politischen Frage auseinander. Planspiele ermöglichen damit ein hohes Maß selbstbestimmten Lernens. Dieses interdisziplinäre Handbuch wurde von Wissenschaftlern und Praktikern aus unterschiedlichen Fachdisziplinen zur Verwendung in Wissenschaft und Praxis verfasst. Es führt anhand zahlreicher Praxisbeispiele in die Konzeption, Lerntheorie, Durchführung und Evaluation von Planspielen ein. Abgerundet wird der Band mit einem Serviceteil.

Themen sind Grundlagen des Lehrens und Lernens mit Planspielen | Planspiele zur Vermittlung politischer, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Zusammenhänge | Planspiele in der Aus- und Weiterbildung | Evaluation von Planspielen | Neue Entwicklungen.



ISBN 978-3-7344-0421-4, 336 S., € 39,80

E-Book: ISBN 978-3-7344-0422-1 (PDF),
€ 31,99

Mit Beiträgen von

Holger-Michael Arndt, Markus W. Behne, Wolfgang Berger, Frank Burgdörfer, Detlef Dechant, Benedikt Dierßen, Thomas Eberle, Tim Engartner, Christian Fischer, Hanja Hansen, Caroline Elisabeth Heil, Christopher Hempel, David Jahr, Konstantin Kaiser, Steven Kawalle, Maximilian Knogler, Willy Christian Kriz, Johanna Leunig, Klaus Masch, Maria Theresa Meßner, Heidi Ness, Monika Oberle, Bernhard Ohlmeier, Andreas Petrik, Simon Raiser, Stefan Rappenglück, Bettina Schmitt, Sebastian Schwägele, Michael Stroh, Eric Treske, Bernd Grafe-Ulke, Markus Ulrich und Björn Warkalla

www.wochenschau-verlag.de



[www.facebook.com/
wochenschau.verlag](https://www.facebook.com/wochenschau.verlag)



[@wochenschau-ver](https://twitter.com/wochenschau-ver)

Samuel Moyn

Menschenrechte in der Geschichte¹

Es liegt nur wenige Jahrzehnte zurück, dass Jimmy Carter am 20. Januar 1977 seine Präsidentschaft mit einer Rede auf den Stufen des Kapitols einläutete: „Da wir frei sind, können wir dem Schicksal der Freiheit andernorts niemals gleichgültig gegenüberstehen [...]. Unsere Verpflichtung gegenüber den Menschenrechten muss absolut sein.“² Die meisten Menschen hatten nie zuvor von „Menschenrechten“ gehört. Von einigen flüchtigen Verweisen bei Franklin Delano Roosevelt abgesehen, hatte kein Präsident diesen Begriff wirklich verwendet, und er hatte auch sonst in der Welt keine große Zugkraft entwickelt. Carters Worte entfachten auf jeder Ebene der Gesellschaft und der Regierung sowie in den Hauptstädten der Staaten beiderseits des Atlantiks eine intensive Debatte darüber, welche Folgen es haben würde, eine auf dem Grundsatz der Menschenrechte fußende Außenpolitik zu formulieren.

Der Begriff der Rechte – einschließlich natürlicher Rechte – lässt sich über Jahrhunderte zurückverfolgen, und die „*rights of man*“ waren für das Zeitalter der demokratischen Revolution von zentraler Bedeutung. Diese *droits de l'homme et du citoyen* meinten aber etwas anderes als die heutigen „Menschenrechte“. In der modernen Geschichte waren Rechte die längste Zeit ein fester Bestandteil der Kämpfe um die Bedeutungen der Staatsbürgerschaft und die damit verbundenen Rechtsansprüche, und waren daher in ihrer Inanspruchnahme, ihrer Umsetzung und ihrem Schutz von nationalen Grenzen abhängig. Anfangs wurden sie typischerweise von einem Volk ins Feld geführt, das seinen eigenen Nationalstaat gründen wollte, und nicht, um den Staat einer anderen Nation zu kontrollieren. Sie waren eine Rechtfertigung der staatlichen Souveränität, bildeten aber nicht die Grundlage für die Anrufung irgendeiner Autorität – wie etwa des internationalen Rechts – jenseits oder über dieser Souveränität.

In den Vereinigten Staaten wurden Rechte auch dazu in Anspruch genommen, um das Eigentum zu schützen – und nicht nur, um Frauen, Schwarze und Arbeiter gegen Diskriminierung und eine Staatsbürgerschaft zweiter Klasse zu verteidigen. Die Attacke des *New Deal* gegen das *Laissez-faire* macht eine vorbehaltlose Neubegutachtung der Idee natürlicher Rechte erforderlich, die seit dem 19. Jahrhundert in enge Verbin-

1 Original erschienen unter dem Titel *Human Rights in History* in Samuel Moyn: *Human Rights and the Uses of History*, London/New York: Verso.

2 Jimmy Carter, „Inaugural Address“, 20. Januar 1977.

dung mit der Vertragsfreiheit gestellt und vom *Supreme Court* routinemäßig verteidigt wurden. Bis in die 1970er Jahre schienen die Rechte als ein Slogan für die demokratische Revolution keine vordringliche Rolle zu spielen, und nur wenige Menschen erinnerten sich an die natürlichen Rechte des Eigentums und der Vertragsfreiheit, die der New Deal seinerzeit hatte in Frage stellen müssen. Carter stand es frei, den Begriff der Rechte zu Zwecken in Anspruch zu nehmen, für die er niemals zuvor benutzt worden war. (Arthur Schlesinger Jr. forderte einmal künftige Historiker dazu auf, „die internen Diskussionen nachzuzeichnen [...], die in den verblüffenden Worten der Inaugurationsrede gipfelten.“ Niemand weiß jedoch genau, wie es dazu kam.)³

Es sieht so aus, als sei Carter in einem anderen Sinne eine Ausnahme gewesen. Er inaugurierte in seinem Land die Ära der Menschenrechte, die jetzt aber dem Ende entgegenzugehen scheint. Bill Clinton versuchte sich mit den Menschenrechten, als er eine neue Außenpolitik für das Zeitalter nach dem Kalten Krieg skizzierte, aber der demokratische Politiker, der danach im Weißen Haus residierte, verschmähte sie. Kaum eine Entwicklung scheint überraschender als die Tatsache, dass Barack Obama die Menschenrechte nur selten erwähnte, – und das umso mehr, als einstige Menschenrechts-Enthusiastinnen wie Samantha Power oder Anne-Marie Slaughter in seiner außenpolitischen „Werkstatt“ eine wichtige Rolle spielen. Obama hat keine größere Rede zu diesem Thema gehalten und hat die mit den Menschenrechten zusammenhängenden Fragen – wie etwa die Inanspruchnahme absoluter moralischer Standpunkte gegenüber skrupellosen Diktatoren – einem weiteren Spektrum pragmatischer Imperative seiner Außenpolitik untergeordnet. Wie seine Nobelpreisrede verdeutlichte, ist Obama ein „christlicher Realist“, der dazu neigt, die Sünden des Menschen – und nicht die Menschenrechte – zum Ausgangspunkt seiner Gedanken über die Beziehung der USA zu allem Unrecht und allen Schrecken dieser Welt zu machen.

Aufstieg und Fall der Menschenrechte als ein inspirierender Begriff mögen schockierend erscheinen, aber vielleicht sieht das auf den zweiten Blick etwas anders aus. Seit Carter die Menschenrechte aufs Tapet brachte, haben auch republikanische Präsidenten Verwendung für sie gefunden, und zwar typischerweise durch eine Verbindung zur „Demokratieförderung“ im Ausland. Die starke Zunahme der Nichtregierungsorganisationen in den Vereinigten Staaten und in aller Welt lässt sich nicht leugnen; sie hatte schon kurz vor Carters Zeit eingesetzt und sich seitdem in beeindruckender Weise fortgesetzt. George W. Bush hatte sich jedoch in eine beinahe ebenso alte Traditionslinie eingereiht und führte die Menschenrechte als einen Schlachtruf für die

3 Schlesinger: *Human Rights and the American Tradition*, in: ders. 1986: 97 f. Vgl. dazu die maßgebliche Studie von Keys (2014).

neokonservative Vision einer Umgestaltung (nicht nur) des Vorderen Orients ins Feld – nötigenfalls mit Waffengewalt, und eventuell auch um den Preis, sie in Misskredit zu bringen, bevor sie wiederhergestellt werden können. Obama scheint dies so zu sehen. Wenn der momentane Schwebezustand überraschen sollte, so liegt dies vielleicht an einer historischen Fehleinschätzung: am Glauben, dass die Menschenrechte in amerikanischen Sichtweisen der Welt von Anfang an tief eingesenkt gewesen seien.

Wie stand es aber in den 1940er Jahren, als Franklin D. Roosevelt den Ausdruck „Menschenrechte“ eigentlich erst prägte und eine Reihe von Ereignissen in Gang setzte, die in der von den Vereinten Nationen unterstützten *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* von 1948 kulminierten? Seit den 1990er Jahren, als die Menschenrechte im öffentlichen Diskurs des Westens während der Ausbrüche ethnischer Säuberungen in Südosteuropa und anderswo eine im wörtlichen Sinne ‚millennarische‘ Anziehungskraft gewannen, war die Versuchung groß, das Jahr 1948 als den Zeitpunkt der Verkündigung zu sehen, und dies hatte weitreichende politische Konsequenzen. Carter und die 1970er Jahre wurden selten erwähnt. Die These setzte sich allgemein durch, dass die Menschenrechte seit ihrer Geburt in einem Augenblick, der – nach dem Genozid – zugleich von Abscheu als auch von Weisheit geprägt war, sich langsam aber sicher im Bewusstsein der Menschheit verwurzelt hätten, was zu einer Revolution des moralischen Lebens geführt habe. In euphorischer Weise glaubten prominente Beobachter wie Michael Ignatieff, dass eine unstreitige moralische Leitlinie, die aus dem unleugbaren Schock über den Holocaust hervorgegangen war, kurz davorstehe, Eigennutz und Macht als die Grundfesten der internationalen Beziehungen zu ersetzen. In Samantha Powers „*A Problem from Hell*“ wird Raphael Lemkin, der den Entwurf der *Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes* von 1948 verfasst hatte, als Denker und Held der Menschenrechte aus der Versenkung geholt, während Carter nur darum erwähnt wurde, weil er nicht gegen Pol Pots Gräueltaten eingeschritten war (vgl. Power 2002).

Als sich der Ausdruck „Menschenrechte (*human rights*)“ in den 1940er Jahren in der englischen Sprache einbürgerte, geschah dies ohne viel Aufhebens, beinahe versehentlich. Die Menschenrechte waren anfangs nur ein sehr kleiner Bestandteil einer hoffnungsvollen alternativen Vision, die man Adolf Hitlers grausamer und tyrannischer Weltordnung entgegenzustellen versuchte. In der Hitze des Gefechts und noch für eine kurze Zeit nach Kriegsende stellte eine Vision des kollektiven Lebens der Nachkriegszeit, in dem persönliche Freiheiten mit weithin geteilten Versprechungen einer Art von sozialer Demokratie eine Verbindung eingehen würden, das Hauptmotiv dafür dar, den Krieg zu führen.

Man muss sich auf jeden Fall vor Augen halten, was die Menschenrechte in den 1940er Jahren *nicht* waren. Michael Ignatieff lag mit seiner Sicht falsch. Sie waren keine Antwort auf den Holocaust, und die Verhütung katastrophaler Gemetzel war nicht ihr Ziel. Obwohl sie eng mit der Idee eines besseren Lebens in der sozialen Demokratie verknüpft waren, ließen sie nur selten den hartnäckig fortbestehenden Rahmen der Nationalstaaten hinter sich, die die Menschenrechte doch gerade verbürgen sollten.

Vor allem waren die Menschenrechte nicht einmal eine sonderlich hervorstechende Idee. Im Gegensatz zu späteren Zeiten waren sie auf den Bereich der internationalen Organisation – in Form der frisch gegründeten Vereinten Nationen – eingeschränkt. Sie waren im allgemeinen Sprachgebrauch nicht verankert und regten keine sozialen Bewegungen an. Weder als ein Ausdruck der Prinzipien der westlichen Nachkriegsgesellschaften noch gar als Anregung, den Nationalstaat hinter sich zu lassen, drang der Begriff der Menschenrechte in den 1940er Jahren ins öffentliche oder gar weltweite Bewusstsein ein, – ganz im Gegensatz zu der Leidenschaft, die er in den 1970er und 1990er Jahren entfachte. Und dies gilt selbst für die Verhandlungen über die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.

Was wäre, wenn wir den weitverbreiteten Mythos in Frage stellen würden, wonach die 1940er Jahre nur ein Probelauf für die Welt nach dem Kalten Krieg gewesen seien, in der die Menschenrechte einen kurzen Blick einer *rule of law* oberhalb des Nationalstaats ermöglichten? Was wäre, wenn wir die Geschichte der Menschenrechte in den 1940er Jahren so schrieben, dass die späteren Ereignisse aus sich heraus gewürdigt würden, und wir eine grundlegend andere Reihe von Gründen für die heutige Bedeutung und zentrale Rolle der Menschenrechte geltend machen könnten? Die wesentliche Schlussfolgerung könnte dann nur sein, dass es irreführend ist – so einladend diese Sicht auch sein mag – den Zweiten Weltkrieg und seine Nachwirkungen als die entscheidende Quelle für den Begriff der Menschenrechte im heutigen Verständnis anzuführen.

Aus globaler Perspektive betrachtet, ist die kurze Karriere der Menschenrechte in den 1940er Jahren die Erzählung davon, wie die Alliierten der Rede von den Menschenrechten Vorschub leisteten, als sie von ihrem – 1941 in der Atlantik-Charta gegebenen – Versprechen der früheren Kriegsjahre abrückten, die Selbstbestimmung der Völker zu verwirklichen. Weltweite Selbstbestimmung hätte das Ende der Imperien besiegelt, aber bis zum Kriegsende hatten die Alliierten auf Winston Churchills Klarstellung eingelenkt, dass sich dieses Versprechen nur auf Hitlers Imperium beziehe, nicht auf die Imperien im Allgemeinen (und schon gar nicht auf Churchills *Empire*).

Die Atlantik-Charta erregte großes Aufsehen in der Welt, – aber da ähnliche Formulierungen in der Allgemeinen Erklärung nicht vorkamen, stießen die Menschenrechte auf taube Ohren. Es fällt nicht schwer, dies zu verstehen. Die Menschenrechte erschienen als bloßer Ersatz für das, was viele Menschen in der Welt wünschten: ein kollektives Recht auf Selbstbestimmung. Sofern sie die Rhetorik der Menschenrechte überhaupt zur Kenntnis nahmen, hatten die Untertanen der Imperien durchaus recht, wenn sie diese Rhetorik als Trostpflaster ansahen.

Aber selbst, wenn wir uns den anglo-amerikanischen, den kontinentaleuropäischen oder sogar den weniger wichtigen Staaten zuwenden, in denen die Menschenrechte zumindest etwas öffentliches Echo fanden, müssen die Ursprünge dieses Begriffs im Rahmen einer narrativen Erklärung abgehandelt werden, die nicht ihre Verkündung, sondern ihre allgemein randständige Position Mitte und Ende der 1940er Jahre ins Auge fasst. Anfangs, als die Menschenrechte noch ein vages Synonym für irgendeine Art sozialer Demokratie waren, konnten sie die eigentlich drängende Frage nicht beantworten, *welche Form* sozialer Demokratie sie herbeiführen sollten. Sollte es eine Version des wohlfahrtsstaatlichen Kapitalismus sein, oder ein voll entwickelter Sozialismus? Eine moralische Sprache, die Standards oberhalb der Politik verkündete, hatte zum Zeitpunkt weltgeschichtlich entscheidender politischer Weichenstellungen wenig zu bieten. Als der Kalte Krieg um 1947/48 Gestalt annahm, war es dem Westen gelungen, die Sprache der Menschenrechte für seinen Feldzug gegen die Sowjetunion in Stellung zu bringen; die Hauptbefürworter dieses Diskurses waren schlussendlich die Konservativen auf dem europäischen Kontinent. Auch wenn die Menschenrechte zu vage waren, um für die Debatten über die anzustrebende Form der sozialen Demokratie Mitte der 1940er Jahre eine Rolle zu spielen, erwiesen sie sich kurz darauf einfach als ein weiteres Mittel, in den Kämpfen des Kalten Kriegs eine Seite stark zu machen. In keinem Augenblick wurden sie primär in dem Sinne verstanden, dass sie mit der Welt der Staaten grundsätzlich brechen könnten, die in den Vereinten Nationen organisiert waren.

Bei der Betrachtung der Ursprünge und der peripheren Existenz des Begriffs der Menschenrechte sollte das Hauptaugenmerk auf der Entstehung der Vereinten Nationen liegen, da die Menschenrechte bis kurz vor Carters Inauguralrede – von einigen regionalistischen Initiativen abgesehen – ausschließlich ein Projekt des UN-Apparats waren und keine eigenständige Bedeutung besaßen. Dennoch verweist die Gründung der Vereinten Nationen und die Formulierung ihrer Allgemeinen Erklärung tatsächlich auf eine Handlungslinie, die sich grundlegend von jener unterscheidet, die die Akteure des Dramas der Menschenrechte in den 1990er Jahren vor Augen hatten.

Man darf nicht vergessen, dass man Franklin D. Roosevelt erst mühsam davon überzeugen musste, die Idee einer internationalen Organisation zu akzeptieren. In den Dokumenten von Dumbarton Oaks – den aufrüttelnden Entwürfen einer künftigen internationalen Organisation für die Nachkriegsepoche, die 1944 von den Alliierten diskutiert wurden – verbarg sich ganz offenkundig hinter der Rhetorik der Kriegsjahre und der gelegentlichen Verwendung der neuen Vokabel „Menschenrechte“ die Agenda des politischen Realismus der Großmächte. Und die Kampagne verschiedener Individuen und Gruppen, die vor und während der epochalen San Francisco-Konferenz über die Vereinten Nationen Mitte 1945 diese Taktik auszuhebeln versuchten, scheiterte in spektakulärer Weise – trotz des symbolischen Zugeständnisses, den Begriff der Menschenrechte in die dort verfasste UN-Charta wiederaufzunehmen. Die siegreiche Allianz der Kriegsjahre war im Sicherheitsrat der neuen Weltregierung – als dem Ort ihrer wahren Autorität – institutionell verankert worden, und wenn auch einige kleinere Staaten und einige Privatleute sich einer UN entgegenzustellen versuchten, die einfach die Macht der Siegermächte des Zweiten Weltkriegs zementieren und im Gleichgewicht halten würde, hatten sie damit keinen Erfolg.

Dass wir uns an eine heroische Sichtweise der Menschenrechte gewöhnt haben, rührt von zwei weitverbreiteten, doch unhaltbaren Formen der Erinnerung an diese Ära her. Die erste besteht darin, die Ziele und Wirkungen der Kampagne gegen die Beschlüsse von Dumbarton Oaks – in oft dramatischer Weise – überzubewerten. Die zweite besteht darin, den Weg hin zur Allgemeinen Erklärung isoliert zu betrachten – als einen immer noch gangbaren, wenn auch vom Kalten Krieg zeitweise blockierten Pfad. Doch statt einer mitreißenden Erzählung davon, wie das Dokument gegen alle Widerstände schließlich doch zustande kam, müssen wir eine weit weniger schmeichelhafte Geschichte darüber erzählen, warum sich jahrzehntelang niemand um diese Erklärung scherte. Moses Moskowitz bemerkte als ein NGO-Vorsitzender der ersten Jahre sehr zutreffend, dass die Menschenrechte tatsächlich „bereits während ihrer Geburt gestorben waren“.⁴ Warum sie für unsere Zeit wiedergeboren werden konnten, ist daher die wirkliche Rätselfrage.

Die Vereinigten Staaten, die die weltweite Inflation der Hoffnungen während der Kriegsjahre so heftig angeheizt hatten, ließen sehr schnell von jener Sprache ab, zu deren Einführung sie doch beigetragen hatten, und überließen es Westeuropa, sie weiter zu kultivieren. Und auch dort – gerade auch dort – drehte sich die wirkliche innenpolitische Diskussion darum, wie man soziale Freiheit innerhalb staatlicher

⁴ Zitat in Moyn 2012: 82.

Grenzen verwirklichen könne. Erst nach der Verkündung der Truman-Doktrin im März 1947 mit ihrem Aufruf zu einer endgültigen Entscheidung zwischen zwei „alternativen Lebensweisen“ kam es zur Verabschiedung der *Allgemeinen Erklärung* im Dezember 1948, die an einer für die ganze Menschheit entscheidenden Wegscheide nur noch den bloßen Anschein der Einheit aufrechterhalten konnte. Und schon hier hatten die europäischen Konservativen in ihrer starken Betonung der Gewissensfreiheit die Sprache der Menschenrechte an sich gerissen, indem sie diese als ein Synonym für die moralische Gemeinschaft verwendeten, die der Säkularismus (und die Sowjets) bedrohten, – während nur wenige andere diese Sprache zu sprechen lernten.

Auf alle Fälle bedeuteten „Menschenrechte“ in den 1940er Jahren etwas Anderes. Trotz ihrer neuen internationalen Bedeutung blieb ihr Bedeutungskern mit dem modernen Staat genauso kompatibel, wie es die ältere Tradition der innerstaatlichen *rights of man* gewesen war. Beide waren Hintergrundprinzipien der Nationen, die durch sie zusammengehalten wurden. In diesem – und wohl kaum einem anderen – Sinne erinnerte der Begriff der „Menschenrechte“ noch an die *droits de l'homme et du citoyen*, und beschwor noch nicht das Utopia einer supranationalen, durch das Recht geleiteten Governance herauf. Die Einbeziehung sozialer und wirtschaftlicher Rechte Mitte der 1940er Jahre spielte eine wichtige Rolle: Stets noch relevante Rechte auf wirtschaftliche Absicherung standen, ebenso wie soziale Rechte, im Rampenlicht und waren, anders als heute, von einem großen Konsens getragen. Doch sie waren die Ergebnisse früherer Kämpfe um bürgerliche Rechte, und sie haben bis heute die internationale Ordnung kaum beeinflusst.

Von einem anderen Standpunkt aus betrachtet, gab dieser Moment nach Kriegsende der antiken Idee einer Rechte-Erklärung jedoch eine gänzlich neue Gestalt: Weder eine genuine Begrenzung der Prerogative, wie in der angloamerikanischen Tradition, noch eine Erklärung höchster Prinzipien, wie in der französischen Tradition, entstand die *Allgemeine Erklärung* als ein gedanklicher Nachtrag zu den Grundsätzen der Weltregierung, die es jedoch nicht beeinflusste. Niemand erkannte dies schärfer als Hersch Lauterpacht, jener einsame angloamerikanische Anwalt für internationales Recht, der sich noch 1948 für die Menschenrechte engagierte und die *Allgemeine Erklärung* als eine schändliche Niederlage jener Ideen brandmarkte, die sie in großen Worten proklamierte.

Seit den 1970er Jahren und insbesondere seit dem Ende des Kalten Kriegs wurde es allgemein üblich, den Zweiten Weltkrieg als einen Feldzug für universelle Gerechtigkeit zu betrachten, wobei die schockhafte Entdeckung der Vernichtungslager ein

noch nie dagewesenes Engagement für eine humane internationale Ordnung auslöste. Ganz im Gegensatz zu Moskowitz' Erzählung vom Tod der Menschenrechte im Augenblick ihrer Geburt wurde die Erklärung der Menschenrechte zu einer Erzählung von einer Geburt nach dem Tod – und insbesondere dem Tod der Juden. Dagegen war im entscheidenden Moment direkt nach Kriegsende, in den wochenlangen Diskussionen der UN-Vollversammlung über die *Allgemeine Erklärung* der Genozid an den Juden nicht erwähnt worden – trotz häufiger Verweise auf andere Dimensionen der Nazi-Barbarei, die den Schutz bestimmter Aspekte der Menschenrechte rechtfertigen oder die Konsequenzen eines unzureichenden Schutzes der Menschenwürde vor Augen führen sollten.

Das weit jüngere Phänomen des Holocaust-Gedenkens hat zugleich ein mystifiziertes Verständnis der Nürnberger Prozesse befördert, die in Wirklichkeit gerade keine Kenntnis der besonderen Lage der Juden im kurz zuvor beendeten Krieg vermittelt hatten und keine moralisch geläufige Tradition davon begründet hatten, wie man auf massenhafte Gräueltaten zu reagieren habe. Die Alliierten prägten in den Tagen zwischen Hiroshima und Nagasaki den neuen strafrechtlichen Begriff der „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“, als sie mit der Frage rangen, wie mit den Eliten der besiegten Feindstaaten zu verfahren sei. Aber wenn dieser Begriff schon einmal auf die jüdische Tragödie bezogen wurde – was selten vorkam –, wurde davon in Nürnberg nicht viel Aufhebens gemacht: Zu dieser Zeit wusste man im Westen wenig über den Holocaust und kümmerte sich noch weniger um ihn, und den Sowjets waren ‚vaterländische‘ und antifaschistische Opfer lieber als jüdische.

Der Begriff der Menschenrechte wurde im Verlauf der Prozesse nicht an prominenter Stelle gebraucht. Es ist vollkommen unklar, ob zu dieser Zeit die Nürnberger Prozesse und damit verwandte rechtliche Neuerungen wie die *Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes* als Teil ein und desselben Unternehmens wie die Aufschlüsselung der Menschenrechte begriffen wurden, und es ist erst recht nicht klar, ob man diese Neuerungen überhaupt unter dem Sammelbegriff „Menschenrechte“ zusammengefasst hätte – auch wenn sie heute oft fälschlich so beschrieben werden, als ob sie verschiedene Facetten ein und derselben Errungenschaft darstellten. Lemkin war die treibende Kraft hinter der Völkermordkonvention, und seiner Auffassung nach stand seine Kampagne im Widerspruch zum Menschenrechtsprojekt der Vereinten Nationen. Auf jeden Fall war Lemkins Projekt in der öffentlichen Wahrnehmung sogar noch randständiger und noch nebensächlicher als die *Allgemeine Erklärung*, die von der UN-Vollversammlung am Tag nach der Verabschiedung der Völkermordkonvention beschlossen wurde.

Wenn es einen dringenden Grund gibt, auf die Geschichte der Menschenrechte in den 1940er Jahren zurückzukommen, so ist es nicht die Bedeutung, die sie damals hatten. Die *Allgemeine Erklärung* war weniger die Verkündigung eines neuen Zeitalters als ein Totenkranz, den man den Hoffnungen der Kriegsjahre aufs Grab legte. Die Welt schaute für einen Augenblick auf, um sich dann wieder den Agenden der Nachkriegszeit zuzuwenden, die sich zu der Zeit herauskristallisiert hatten, in der auch die Vereinten Nationen entstanden waren. Um die Menschenrechte in den 1940er Jahren besser zu verstehen, muss man sich damit auseinandersetzen, warum sie damals keine Rolle spielten – und dies im Vergleich zu den ideologischen Umständen drei Jahrzehnte später, als sie ihren wirklichen Durchbruch erlebten.

In der Zwischenzeit waren die Vereinigten Staaten und die Sowjetunion im Kalten Krieg durch zwei gegensätzliche Visionen der globalen Ordnung voneinander getrennt, und die Rivalität dieser Visionen zerschnitt den europäischen Kontinent in zwei Teile. Der anti-imperialistische Kampf für die Entkolonialisierung – die Bewegungen für wirkliche Selbstbestimmung waren in der Versenkung verschwunden, als die Menschenrechte aufkamen – ließ den Wettstreit des Kalten Krieges zu einer weltweiten Auseinandersetzung werden, auch wenn einige der neuen Staaten aus dieser Rivalität auszubrechen versuchten, um ihren eigenen Weg zu bahnen. Während die amerikanische Seite die Menschenrechte fallen ließ, verpflichteten sich sowohl die Sowjetunion als auch die antikolonialistischen Kräfte auf kollektive Ideale der Emanzipation – auf Kommunismus und Nationalismus – als ihren Weg in die Zukunft. Sie zeigten kein unmittelbares Interesse an individuellen Rechten, und strebten schon gar nicht danach, diese im internationalen Recht zu verankern. Es mangelte nicht an utopischen Idealen, aber die Menschenrechte zählten nicht zu ihnen.

Während der Krise der bipolaren Ordnung der Supermächte in den 1960er Jahren begann im Osten wie im Westen der jeweilige Konsens über die Spielregeln des Kalten Krieges aufzubrechen. Der Traum vom „Aufbau des Sozialismus“ war im Osten nicht vollkommen ausgeträumt, aber er verlor an Attraktivität, während im Westen die Ängste des Kalten Kriegs und erste Befürchtungen hinsichtlich seiner Kosten die junge Generation vom Nachkriegskonsens abrücken ließen. Doch in der dann folgenden Explosion des Dissenses blühten nicht die Menschenrechte auf, sondern andere utopische Visionen. Es wurden die Werte der Gemeinschaft angerufen, um die Vereinigten Staaten vor dumpfem Konsumismus zu bewahren; im Sowjetimperium wurde der „Sozialismus mit menschlichem Antlitz“ ausgerufen; in der Dritten Welt forderte man die Befreiung vom „Neokolonialismus“. Zu dieser Zeit gab es kaum eine Nichtregierungsorganisation, die sich die Menschenrechte auf die Fahne geschrieben hätte;

Amnesty International, gerade eben gegründet, blieb praktisch unbekannt. Seit den 1940er Jahren arbeiteten die wenigen NGOs, die die Menschenrechte auf ihre Agenda gesetzt hatten, quasi unsichtbar und höchst bürokratisch im Rahmen der Vereinten Nationen für diese, aber ihre dreißig Jahre währende Unfähigkeit, von sich reden zu machen oder gar etwas zu bewegen, bestätigte die quälende Fruchtlosigkeit dieses Unterfangens. Moskowitz bemerkte in den frühen 1970er Jahren bitter, dass die Menschenrechte „erst noch die Neugier des Intellektuellen erregen, die Vorstellungskraft des sozialen und politischen Reformers wachrütteln und die emotionale Reaktion des Moralisten wachrufen müssten“.⁵ Er hatte recht.

Aber im Laufe der nächsten zehn Jahre kam es dazu, dass die Menschenrechte überall in der entwickelten Welt – und von weit mehr ganz normalen Menschen als je zuvor – ins Feld geführt wurden. Die Menschenrechte lösten sich von der Bedeutung, die sie im Laufe der 1960er Jahre im Rahmen der Vereinten Nationen angenommen hatten – der weiteren Befreiung vom Kolonialismus –, sie wurden von neuen Kräften an der Basis wie etwa den NGOs verwendet, und sie standen nun zumeist für einen Schutz des Individuums vor dem Staat, der durch eine höherstehende Autorität ausgeübt werden sollte. Amnesty International gewann an Bekanntheit und wurde 1977 – im Jahr von Carters Amtseinführung – als ein ‚Leuchtturm‘ neuer Ideale für seine Arbeit mit dem Nobelpreis ausgezeichnet. Die Popularität dieser Form der Interessenvertretung schuf eine ganz neue Basis für den Aktivismus in Menschenrechtsangelegenheiten, und legte den Grundstein sowohl für eine ‚Marke‘ als auch für ein Zeitalter internationalistischen Engagements von Bürgerinnen und Bürgern.

Zur selben Zeit ließen die Menschen im Westen – für sich selbst, aber auch für die einst von ihnen beherrschte Dritte Welt – den Traum von der Revolution hinter sich und wandten sich anderen Taktiken zu; sie betrachteten ein internationales Recht, das sich auf die Menschenrechte stützte, als den Sachwalter utopischer Normen und als den Mechanismus ihrer Einlösung. Selbst die Politiker begannen im Gefolge Carters, die Menschenrechte als das Leitprinzip der Außenpolitik der Staaten ins Feld zu führen. Für die US-Amerikaner war dies der Zeitpunkt, sich ebenso von Henry Kissingers unheilvoller Amtszeit zu erholen wie von der schon vor dessen Amtsantritt von den Demokraten ausgeheckten Außenpolitik, die zum Debakel in Vietnam geführt hatte. Nach dem Nobelpreis für Amnesty International schossen andere NGOs aus dem Boden: Helsinki Watch – heute Human Rights Watch – entstand im folgenden Jahr.

⁵ Zitiert nach Moyn 2012: 3.

Das deutlichste Anzeichen war aber, dass die Bedeutung der Menschenrechte für den öffentlichen Diskurs sprunghaft zunahm, was sich allein schon an der Präsenz des Wortes in den Zeitungen ersehen ließ; dadurch wurde der frisch erworbene Vorrang dieses Begriffs gegenüber anderen Entwürfen von Freiheit und Gleichheit weiter bestätigt. Im Jahr 1977 kam der Ausdruck „Menschenrechte“ in der *New York Times* fünfmal häufiger vor als in jedem anderen Jahr zuvor. Die Welt der Moral hatte sich verändert. „Man pflegt die Geschichte als einen langwierigen Prozess zu betrachten“, sagt Philip Roth in einem seiner Romane, „in Wirklichkeit aber ist Geschichte etwas sehr Sprunghaftes“ (Roth 1998: 102). Nirgends trifft dies mehr zu als für die Geschichte der Menschenrechte.

Wie aber erklären wir die nur kurze Zeit zurückliegenden Ursprünge dessen, was nun als ein kurzlebiger ‚Glaube‘ erscheint? Die 1940er Jahre als die Epoche zu anzusehen, in der die heutigen globalen Engagements geprägt wurden, ist nur eine Facette eines tiefer reichenden Irrtums. Die Wurzeln der heutigen Menschenrechte liegen nicht da, wo Gelehrte und Professoren sie so gerne gefunden hätten: weder in der griechischen Philosophie, noch in der monotheistischen Religion, noch im europäischen Naturrecht, noch in den modernen Revolutionen, noch in der Abscheu vor der Sklaverei in Amerika und auch nicht in Hitlers Völkermord an den Juden. Die Versuchung, die Vergangenheit nach solchen „Quellen“ zu durchstöbern, sagt weit mehr über unsere eigene Zeit aus als über die drei Jahrzehnte nach dem Zweiten Weltkrieg, in denen die Menschenrechte zunächst eine Totgeburt waren, dann aber – auf welche Weise auch immer – Auferstehung feierten.

Die Menschenrechte kamen durch eine Art Gestaltwandel auf die Welt: Eine Sache, der es zunächst an Anhängern gefehlt hatte, zog diese plötzlich in großen Trauben an. Obgleich der Zufall wie in allen menschlichen Angelegenheiten auch bei dieser Verwandlung eine Rolle spielte, gab doch vor allem der Zusammenbruch der universalistischen Entwürfe und die Konstruktion der Menschenrechte als einer überzeugenden „moralischen“ Alternative zu diesen den Ausschlag. Diese früheren universalistischen Entwürfe versprachen eine freie Lebensform, hatten aber in einen blutigen Morast geführt, oder sie verhiessen die Emanzipation vom Kapital und von den Imperien, wurden nun aber als finstere Tragödien und nicht als strahlende Hoffnungen empfunden. Sie waren die ersten Kandidaten, mit denen man die gescheiterten Prämissen der unmittelbaren Nachkriegsordnung zu ersetzen versucht hatte, aber auch sie scheiterten schließlich. In dieser Atmosphäre kam ein Internationalismus auf, der sich um individuelle Rechte drehte. Die Menschenrechte waren minimal, individuell und grundlegend moralisch – und nicht maximal, kollektiv und potenziell blutrünstig.

Angesichts ihrer Rolle in den 1940er Jahren mussten die Vereinten Nationen als die wesentliche Institution der Menschenrechte umgangen werden, wenn diese Bedeutung erlangen sollten. Das Entstehen neuer Staaten durch die Entkolonialisierung, das diese Organisation in anderer Hinsicht erschüttern sollte, veränderte die Bedeutung des Begriffs „Menschenrechte“, änderte aber nichts an deren peripherer Rolle in der Welt. Vielmehr trat erst in den 1970er Jahren eine wirkliche soziale Bewegung für die Menschenrechte auf den Plan, die die Regierungsinstitutionen – und insbesondere solche internationaler Art – hinter sich ließ und sich selbst in den Vordergrund schob. Diese Bewegung betonte auch, dass die Menschenrechte eine moralische Alternative zu den Sackgassen der Politik darstellten.

Sicherlich gab für diese Explosion es eine ganze Reihe von Katalysatoren: die Suche nach einer europäischen Identität jenseits des Kalten Krieges und seiner Diskurse; der Empfang sowjetischer und später auch osteuropäischer Dissidenten durch westliche Politiker, Journalisten und Intellektuelle; und schließlich die linksliberale Welle der amerikanischen Außenpolitik mit ihren neuen, moralisierenden Begriffen, die auf die Katastrophe des Vietnamkriegs folgte. Ebenso wichtig waren – auch wenn sie weniger beachtet wurden – das Ende des offiziellen Kolonialismus und der neue Blick auf die Dritte Welt. Das Zeitalter der Imperien war zu Ende, aber die romantischen Hoffnungen der Entkolonialisierung waren ebenfalls zerstoßen, und die Epoche der *failed states* hatte begonnen.

Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass die Menschenrechte als letzte Utopie aufkamen, nachdem die anderen Utopien gescheitert waren. Ihr moralischer Anspruch, die Politik hinter sich zu lassen, hatte in den 1940er Jahren die Menschen dazu veranlasst, die Menschenrechte vollkommen außer Acht zu lassen, – aber er sollte sich drei Jahrzehnte später als die Ursache für die Wiederbelebung und das Weiterleben der Menschenrechte erweisen, als die „Ideologie“ im Sterben lag und der Ausdruck „Menschenrechte“ in den allgemeinen Sprachgebrauch aufgenommen wurde. Und in diesem Augenblick, der noch nicht so lange zurückliegt, wurden die Menschenrechte zum Ausdruck der Hoffnungen der Gegenwart.

Von ihrem Mythos einmal abgesehen, ist die wirkliche Geschichte der Menschenrechte hier von Belang, um ihre Aussichten für die Gegenwart und die Zukunft ins Auge zu fassen. Von ein paar ‚Totalverweigerern‘ abgesehen, haben die Progressiven in den letzten drei oder vier Jahrzehnten die Menschenrechte vollkommen in ihre Politik integriert – wenn sie nicht sogar die Menschenrechte zu einem Synonym für ihre Politik gemacht haben. Und sie tun dies mit gutem Grund, da viele dieser Rechte – wie die Grundsätze der Gleichheit und der Wohlfahrt, oder die Rechte auf Arbeit und

Bildung genau das beinhalten, was die progressiven Kräfte durch die ganze Geschichte der Moderne hindurch verfochten haben. Und schließlich lassen sich das flächendeckende Aufkommen und die ehrgeizigen Ziele der NGOs in den dreißig Jahren, seit die Menschenrechte ins Blickfeld geraten sind, nicht abstreiten – und die meisten dieser Organisationen bemühen sich mit äußerst ehrenwerten Absichten um dringend notwendige Veränderungen. Gleichwohl haben die Menschenrechte bis dato das Feld des Idealismus stärker verändert als die Welt als solche.

Darüber hinaus haben die Menschenrechte viele Gesichter, und können in vielerlei Weise zum Einsatz kommen. Sie rufen zu gesellschaftlicher Sensibilität auf und bekräftigen zugleich das Eigentumsrecht – der Grundsatz des Rechts war in der modernen Geschichte zumeist mit dem Schutz des Eigentums so gut wie deckungsgleich. Die Menschenrechte wurden im Namen der neokonservativen „Demokratieförderung“ in Stellung gebracht und mussten linksliberale Kriegsführung und „Interventionen“ rechtfertigen. Sie dienen als Markenname für diverse Programme globaler Governance, unter denen mangelnde Rechtssicherheit und Ungleichheit fortbestehen. Von Belang sind hier wohl weniger die Idee der Menschenrechte als ihre Interpretationen und Verwendungsweisen, die stets nur von einem parteiischen Standpunkt aus gedacht werden können.

Daher stellt sich die Frage, warum man die Fiktion aufrechterhalten soll, dass die Menschenrechte einen unverbrüchlichen Konsens formulieren, den jedermann teilt. Wie alle universalistischen Projekte werden die Menschenrechte jedes Mal verletzt, wenn sie interpretiert und in ein bestimmtes Programm überführt werden. Da sie allen alles versprechen, kann es passieren, dass sie am Ende niemandem etwas bedeuten. Die Menschenrechte sind eine Ideologie geworden – unsere Ideologie –, aber leider ist es heute genauso wie in den 1940er Jahren schwer zu sagen, wie die präten-dierte Einigkeit helfen soll, wenn es keinen Konsens darüber gibt, wie – und ob – die Welt zu verändern sei.

Dieses Dilemma unserer Tage müssen wir genau ins Auge fassen; denn die Geschichte als die Feier der Ursprünge wird uns nicht weiterhelfen. Obamas „christlicher Realismus“ ist allerdings gleichermaßen fragwürdig, und er stellt keine Alternative zur Menschenrechts-Gesinnung seiner demokratischen Vorgänger der letzten Jahrzehnte dar. Carter und Obama waren unter den Präsidenten die eifrigsten Leser von Reinhold Niebuhr, der Zentralfigur des christlichen Realismus, der darauf insistierte, dass die Realität der Sünde der Verbesserung des Menschen Schranken auferlegte, während er zugleich Großmächte wie die Vereinigten Staaten dazu aufforderte, das Böse zu bekämpfen (auch auf die Gefahr hin, sich gelegentlich selbst die Hände schmutzig zu

machen). Doch während Carter bei dem protestantischen Theologen den Mut fand, die Sünden der Nation anzuklagen, ermutigt der christliche Realismus die Amerikaner allzu oft dazu, sich einfach als die Kinder des Lichts zu sehen, die im Rest der Welt Finsternis vorfinden, nicht aber in sich selbst. Dennoch bleibt Obamas zunächst überraschende Warnung hinsichtlich der Menschenrechte nützlich: Sie weist darauf hin, dass der Glauben an diesen Begriff vielleicht weniger tief verwurzelt ist, als wir dachten, und dass er keineswegs unentbehrlich ist. Die wirkliche Frage ist, was wir mit der progressiven moralischen Energie machen, an die sich die Menschenrechte in ihrer kurzen Laufbahn angedockt haben. Steht es auf der Tagesordnung, diese Energie wieder neu zu investieren, oder müssen wir ihr eine neue Richtung geben?

In *Dem Land geht es schlecht*, seinem vor einigen Jahren erschienenen Manifest für eine erneuerte Sozialdemokratie, ruft Tony Judt (2011) in ergreifenden Worten zu einer Wiederbelebung der zu Unrecht verabschiedeten nationalen Politik des Gemeinwohls (*common good*) auf. Er stellt die These auf, dass die Linke nach einer langen Epoche der Markteuphorie die Fähigkeit verloren habe, „den Staat“ zu „denken“ und ihre Aufmerksamkeit darauf zu richten, wie „der Staat eine stärkere Rolle in unserem Leben spielen kann“ – und dies komme zum Teil daher, dass der Kniff der internationalen Menschenrechte die Linke vom Weg habe abkommen lassen. Die Anti-Politik der Menschenrechte habe „die jüngere Generation zu der Annahme gebracht, dass es sinnvoller sei, bei Bürgerinitiativen und Nichtregierungsorganisationen mitzumachen, weil die traditionellen Wege hoffnungslos kompromittiert sind“ (Judt 2011: 14, 131). Sie gaben die politische Arbeit auf – so Judts Sorge – und wandten sich der befriedigenden Moralität von Amnesty International und anderen Menschenrechtsgruppen zu.

Ganz unabhängig davon, ob diese Beschreibung zutrifft, lässt sie doch den nächsten Schritt einer Rückkehr zum Staat als dem Schauplatz von Imagination und Reformen keineswegs plausibler erscheinen. Schließlich stand auch die Sozialdemokratie der Jahrhundertmitte in ihrem spezifischen globalen Kontext. Und heute ist, wie Judt (2011: 133) ausführt, das „Versagen demokratischer Institutionen [...] ein internationales Phänomen“. So kann es auf jeden Fall nicht darum gehen, den Staat anstelle des Globus zu wählen, sondern wir müssen Entscheidungen fällen, wie unsere utopischen Engagements zu verbinden sind, um beide, den Staat und den Globus, gerechter zu machen, – und jedes dieser beiden Ziele bedingt das jeweils andere. Die Frage ist nicht länger, *ob* man eine Sprache und eine Strategie haben muss, um den Mängeln der Welt jenseits unserer nationalen Grenzen die Stirn zu bieten. Sie lautet vielmehr, *welche* Sprache und Strategie gewählt werden soll.

Eines steht fest: Die Lehre aus der realen Geschichte der Menschenrechte besteht darin, dass diese weniger ein zeitloses oder jahrhundertealtes Erbe sind, das zu bewahren ist, sondern eine Erfindung der neueren Zeit, die neugestaltet – oder vielleicht sogar aufgegeben – werden muss, wenn ihr Programm für eine Welt lebenswichtig und relevant sein soll, die sich bereits heute deutlich von jener unterscheidet, in der die Menschenrechte aufgekommen sind. Es liegt an uns, ob nun eine andere Utopie an die Stelle der Menschenrechte treten soll – so wie diese selbst auf den Ruinen früherer Träume entstanden.

Aus dem Englischen übersetzt von Nikolaus Gramm

Literatur

- Judt, Tony 2011: *Dem Land geht es schlecht: Ein Traktat über unsere Unzufriedenheit*, übers. von Matthias Fienbork, München: Hanser.
- Keys, Barbara J. 2014: *Reclaiming American Virtue: The Human Rights Revolution of the 1970s*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Moy, Samuel 2012: *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Power, Samantha 2002: „*A Problem From Hell*“: *America and the Age of Genocide*, New York: Basic Books.
- Roth, Philip 1998: *Amerikanisches Idyll*, übers. von Werner Schmitz, München: Hanser.
- Schlesinger J., Arthur M. 1986: *The Cycles of American History*, Boston: Houghton Mifflin.

HINTERGRUND

Michael Krennerich

Das Wahlrecht als Bürger- und Menschenrecht – Standards und Eigenarten¹

Das Wahlrecht stellt ein grundlegendes demokratisches Recht dar. Vom Bundesverfassungsgericht wurde es ehemals als das „vornehmste Recht“ der Bürger*innen im demokratischen Staat geachtet.² Es ist nicht nur in den meisten nationalen Verfassungen, sondern auch in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* von 1948 und in zahlreichen internationalen Menschenrechtsabkommen fest verankert. In der AEMR ist es dem Wortlaut nach als ein Menschenrecht ausgewiesen, das jedem Menschen zusteht. Gleichwohl ist es mit einer wichtigen Konkretisierung hinsichtlich des räumlichen Anwendungsbereichs versehen: Jeder Mensch hat das Recht, *im eigenen Land* zu wählen.

„Jeder <Mensch> hat das Recht, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten seines Landes unmittelbar und durch frei gewählte Vertreter mitzuwirken. Der Wille des Volkes bildet die Grundlage für die Autorität der öffentlichen Gewalt, dieser Wille muss durch regelmäßige, unverfälschte, allgemeine und gleiche Wahlen mit geheimer Stimmabgabe oder einen gleichwertigen freien Wahlverfahren zum Ausdruck zu kommen.“ (Art. 21, AEMR).

Der 1976 in Kraft getretene *Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (kurz UN-Zivilpakt) von 1966 formuliert das Wahlrecht als einziges Menschenrecht bereits dem Wortlaut nach nur als Staatsbürgerrecht:

„Jeder Staatsbürger <sic!> hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen; bei echten, wiederkehrenden, allgemeine, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äußerung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden. ...“ (Art. 25, UN-Zivilpakt)

-
- 1 Der Beitrag greift auf einige Passagen eines älteren Beitrags zurück (vgl. Krennerich 2013) und beruht auf Erfahrungen des Autors als Wahlexperte u. a. für die Venedig-Kommission des Europarates.
 - 2 BVerfGE 1, 14 (33).

Auch weitere internationale Menschenrechtsabkommen beinhalten das Wahlrecht. Nachdem das *UN-Übereinkommen über die politische Rechte der Frau* von 1953 das gleiche aktive wie passive Wahlrecht für Frauen vorgesehen hatte, wurde dies beispielsweise nochmals im *UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung von Frauen* aus dem Jahr 1979 (seit 1981 in Kraft) ausdrücklich garantiert. Die *UN-Behindertenrechtskonvention* von 2006 (2008) wiederum verpflichtet die Vertragsstaaten, die gleichberechtigte und barrierefreie Nutzung des aktiven und passiven Wahlrechts für Menschen mit Behinderungen sicherzustellen. Ebenso sehen die regionalen Menschenrechtsschutzsysteme in Europa, Amerika und Afrika das allgemeine aktive und passive Wahlrecht vor, freilich auch hier verstanden als Staatsbürgerrecht, das jeder Mensch im eigenen Land ausübt. Indes gibt es auch eine Reihe unverbindlicher Empfehlungen, der ausländischen Wohnbevölkerung zumindest auf subnationaler Ebene das Wahlrecht einzuräumen.

Ungeachtet der völkerrechtlichen Vorgaben gewähren nicht alle Staaten ihren Staatsbürger*innen das Wahlrecht, oder sie verwehren ihnen die Möglichkeit, dieses auszuüben. In manchen Staaten finden keine regelmäßigen Wahlen statt. Dort, wo sie stattfinden, ermöglichen Wahlen nicht unbedingt die „freie Äußerung des Wählerwillens“ und entsprechen oft nicht den Standards, die inzwischen international an freie und faire Wahlen angelegt werden.³ Das gilt zuvorderst für Wahlen in Autokratien, in denen Freiheit und Fairness bereits regimebedingt stärker beeinträchtigt sind als in liberalen Demokratien. Zwar werden kaum mehr Kein- oder Einparteiwahlen durchgeführt, doch wissen Autokraten auch Mehrparteiwahlen und deren Rahmenbedingungen meist so auszugestalten, dass ihre politische Macht nicht ernstlich gefährdet wird. Die Wahlen fügen sich dort in autoritäre Herrschaftspraktiken ein und sind oft Bestandteil eines „*smart mix*“ aus Legitimation, Kooptation und Unterdrückung. Aber auch in Transitionsländern, in jungen Demokratien und in schwachen Staaten kommt es immer wieder zu Unregelmäßigkeiten bei der Wahldurchführung. Dort ist der übergeordnete politische Kontext dem demokratischen Bedeutungsgehalt der Wahlen oft stark abträglich. Selbst in etablierten Demokratien liegt einiges im Argen. Verkrustungen elitärer Herrschaftsstrukturen, illiberale Herrschaftspraktiken, Medienoligopole und/oder der überbordende Einfluss von Geld beschränken den demokratischen Gehalt von Wahlen und die Fairness des Wahlwettbewerbs. Zugleich weisen auch dort das Wahlrecht und die Wahlpraxis mitunter Eigenarten auf, die

3 Vgl. etwa CoE 2003, OAS 2007, OSCE/ODIHR 2010, AU 2013, EU 2016 sowie die Handbücher zahlreicher nicht-staatlicher Organisationen, die Wahlberatung und Wahlbeobachtung durchführen, wie EISA, International IDEA, IFWES, IIDH/CAPEL, The Carter Center etc.

überholt oder gar undemokratisch anmuten. Der vorliegende Beitrag gibt einen kursorischen Überblick über einige Wahlrechtsstandards und damit verbundene Kuriositäten.

Dabei geht es wohlgerne ums Wahlrecht, nicht um eine Wahlpflicht, die in den meisten Weltregionen, abgesehen von Lateinamerika, eher selten ist. Zu den Ausnahmen in Europa gehören: Belgien seit 1893, Luxemburg seit 1919, Liechtenstein seit 1922, Griechenland seit 1952 und Zypern seit 1959. Italien, die Niederlande, Österreich und die Schweiz hatten zeitweise Wahlpflicht, schafften diese aber wieder ab. Ohnehin wird die Einhaltung der Wahlpflicht vielerorts, wie in Griechenland oder Zypern (im Unterschied etwa zu Belgien), kaum kontrolliert und sanktioniert. In Deutschland stieß die Einführung einer Wahlpflicht auf verfassungsrechtliche Bedenken, verstößt es doch nach hiesiger Rechtsauffassung gegen das Prinzip der freien Wahlen und der freien Wahlbetätigung, wenn die Wähler gegen ihren Willen verpflichtet werden, zur Wahl zu gehen (vgl. Schreiber 2013). Ein Kuriosum besteht in Norwegen. Dort dürfen Wahlberechtigte ohne ihre Zustimmung als Kandidaten aufgestellt werden und sind – mit Ausnahmen – verpflichtet, die Wahl anzunehmen. Bei den Parlamentswahlen von 2013 beantragten einige Personen vergebens, sich von der Kandidatenliste streichen zu lassen.⁴

1. Das allgemeine und gleiche Wahlrecht – Wahlrechtsvoraussetzungen und -ausschlüsse

Die heutigen Demokratien sehen grundsätzlich ein allgemeines und gleiches Wahlrecht vor. Das war nicht immer so. Historisch gesehen waren Wahlrechtsbeschränkungen u. a. aufgrund von Vermögen, Einkommen, Bildung und Geschlecht zu überwinden, bevor sich das allgemeine und gleiche Wahlrecht flächendeckend etablierte. Die Wahlrechtsausschlüsse wurden teils damit begründet, dass finanziell abhängige Menschen, Analphabeten und Frauen angeblich nicht fähig wären, eine freie und fundierte Wahlentscheidung zu treffen. Dahinter standen jedoch handfeste Machtinteressen und patriarchalische Gesellschaftsstrukturen, die bis in die Gegenwart hinein nachwirken oder fortbestehen. Es ist kaum zu glauben: Als letzter westeuropäischer Staat führte Liechtenstein erst 1984 das Frauenwahlrecht ein. In Andorra und in der Schweiz (auf Bundesebene) sind Frauen erst seit Anfang der 1970er Jahre wahlberechtigt – im Schweizer Kanton Appenzell Innerrhoden sogar erst seit November 1990.

⁴ Vgl. OSCE/ODIHR: Norway. Parliamentary Elections 9 September 2013. OSCE/ODIR Election Assessment Mission Final Report, Warsaw, 16 December 2013, S. 1 und 4.

Bildungsvoraussetzungen gelten für gewöhnlich nicht mehr für das aktive Wahlrecht (mit Ausnahme etwa für Frauen im Libanon), auch wenn politische Beobachter mitunter auf den Zusammenhang zwischen Bildung und demokratischen Wahlen hinweisen. „Nicht lesen können, aber abstimmen? Kann das gut gehen?“, fragte beispielsweise Jan Ross in „DIE ZEIT“ vor den Parlamentswahlen 2014 in Indien.⁵ Das Land sei ein Testfall für die Selbstregierung von Menschen, die dazu nichts qualifiziere als ihr Menschsein. Immerhin wies der Autor selbst darauf hin, dass das „Experiment“ seit den ersten unabhängigen Parlamentswahlen 1952, als noch rund 85 % der indischen Wähler*innen weder lesen noch schreiben konnten, nicht ins Fiasko führte. Letztlich drückt sich im allgemeinen und gleichen Wahlrecht die – wenn schon nicht faktische, so doch rechtliche – Egalität der Staatsbürger*innen aus, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten mitzuwirken. Es wird getragen von der Vorstellung, dass alle Staatsbürger*innen grundsätzlich fähig sind, ihrem politischen Willen bei Wahlen Ausdruck zu verleihen.

Gleichwohl ist das Wahlrecht kein absolutes Recht. So gibt es, auch in Demokratien, nach wie vor Wahlrechtsausschlüsse, die sich allerdings daraufhin prüfen lassen müssen, inwieweit sie legitime Ziele verfolgen und verhältnismäßig sind. Menschenrechtlich kritisiert wird etwa der – zumindest pauschale – Wahlrechtsentzug für Gefangene und für Menschen mit geistigen Behinderungen. Weithin akzeptiert werden Wahlrechtsvoraussetzungen wie Mindestalter, Staatsbürgerschaft oder Wohnsitzauflagen, auch wenn es hierzu immer wieder politische Debatten gibt.

Einschränkungen des passiven Wahlrechts, die sich durch entsprechende Wahlrechtsvoraussetzungen und Inkompatibilitäten ergeben, werden hingegen vergleichsweise wenig problematisiert, obwohl sie mitunter Anlass für Kritik geben. Um ein Beispiel zu nennen: In der Mongolei, die in den vergangenen Jahren eine demokratische Öffnung erlebt hat, kann eine Parlamentskandidatur an Schulden, Vorstrafen und der Nicht-Ableistung der Wehrpflicht scheitern. Zudem mussten öffentliche Bedienstete, die bei den Parlamentswahlen im Juni 2016 antreten wollten, bereits zu Beginn des Wahljahres ihr Amt aufgeben, das heißt, lange vor der eigentlichen Kandidatennominierung. Dies widerspricht internationalen Standards.⁶ Nur historisch erklären lässt sich der erst 2011 abgeschaffte „Habsburger-Paragraph“ in Österreich, der „Mitglieder regierender Häuser oder solcher Familien, die ehemals regiert haben“ vom passiven Wahlrecht zur Bundespräsidentenwahl ausschloss.

5 DIE ZEIT, 8. Mai 2014, S. 8.

6 Vgl. OSCE/ODIHR: Mongolia. Parliamentary Elections, 29 June 2016, Final Report, Warsaw, 4 October 2016, S. 10.

Nicht undemokratisch, aber ungewöhnlich (und wenig funktional) sind unmittelbare Wiederwahlverbote für Parlamentsabgeordnete, wie sie etwa in Costa Rica bestehen und vor der Reform von 2014 auch in Mexiko vorgesehen waren. Wiederwahlverbote für gewählte Präsidenten – etwa nach zwei aufeinander folgenden Amtszeiten – sind hingegen Usus und dienen der Machtkontrolle in der Demokratie. Werden solche Wiederwahlverbote aufgehoben oder umgangen (wie etwa in Venezuela, Russland oder vor 2014 lange Zeit in Burkina Faso), gibt dies meist Anlass zur Sorge.

STAATSBÜRGER*INNEN HINTER GITTERN

Die Frage, inwieweit Einschränkungen des Wahlrechts für gerichtlich verurteilte Straftäter*innen legitim und rechens sind, wird im akademischen Diskurs seit Jahren thematisiert.⁷ Sie beschäftigte inzwischen auch mehrfach den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Beginnend mit der Rechtssache *Hirst v. the United Kingdom* (2005) stellte der EGMR in ständiger Rechtsprechung zu Großbritannien⁸, aber auch zu anderen Staaten⁹ klar, dass der *pauschale* Wahlrechtsrechtsausschluss von Strafgefangenen gegen Art. 3 des Protokolls Nr. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoße.¹⁰ Der Wahlrechtsrechtsausschuss für Gefangene bedürfe, so der EGMR, einer Gerichtsentscheidung unter Berücksichtigung des Charakters der Straftat. In Folge der EGMR-Entscheidung *Frodl v. Austria* (2010) hob Österreich daraufhin die Wahlrechtsbeschränkungen für Gefangene auf. Die Slowakei beschränkte – anknüpfend an die EGMR-Rechtsprechung und einen Verfassungsgerichtsentscheid von 2010 – zumindest einen möglichen Wahlrechtsentzug auf besonders schwere Verbrechen.

Die britischen Regierungen waren (ebenso wie die Regierungen Russlands und der Türkei) jedoch bislang nicht bereit, Gesetzesinitiativen auf den Weg zu bringen, um die EGMR-Urteile umzusetzen. Trotz einzelner Reformüberlegungen ist der politische Unwille in London groß. Dahinter steht nicht nur die Überzeugung, dass Straftäter*innen, welche die Grundregeln der Gesellschaft verletzt haben, nicht an den Entscheidungen über die Gesellschaft mitwirken sollen. Die Diskussion kreist auch

7 Siehe etwa: Ewald/Rottinghaus 2009, Foster 2009, Mauer 2011, Ziegler 2017.

8 *Greens and M.T. v. the United Kingdom* (2010), *Firth and Others v. the United Kingdom* (2014), *McHugh and Others v. the United Kingdom* (2015).

9 *Frodl vs. Austria* (2010), *Söyler v. Turkey* (2013), *Anchugov and Gladkov v. Russia* (2013), *Murat Vural v. Turkey* (2014).

10 Demnach verpflichten sich die Vertragsstaaten, „in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten“.

um das Verhältnis Großbritanniens zur EMRK und die Frage, inwieweit EGMR-Urteile in die parlamentarische Souveränität des Vereinigten Königreichs eingreifen dürfen. Der Streitpunkt des Wahlrechts für Gefangene wird daher am ehesten bei einer möglichen Reform des britischen *Human Rights Act* (1998) eine Rolle spielen (vgl. Simson Caird 2016). In die Diskussion einfließen wird dabei sicherlich auch eine jüngere Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache *Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre-Médoc and Préfet de la Gironde*. Der EuGH befand im Oktober 2015, dass das geltende französische Recht, welches bestimmten verurteilten Straftätern das Wahlrecht für das Europäische Parlament verwehrt, nicht gegen das EU-Recht verstoße und verhältnismäßig sei, weil es die Natur und die Schwere der Straftat und die Haftdauer berücksichtige.

Während eine wachsende Zahl an Staaten auch Menschen in Gefängnissen wählen lässt, bleibt in vielen anderen Staaten weltweit – von Argentinien und Brasilien über Bulgarien, Estland und Ungarn bis hin zu Kirgistan, der Mongolei und Neuseeland – Strafgefangenen das Wahlrecht pauschal verwehrt. In Belarus sind sogar Menschen in Untersuchungshaft vom Wahlrecht ausgeschlossen.¹¹ Mitunter besteht der Wahlrechtsausschluss selbst nach der Entlassung aus dem Gefängnis fort: so etwa in der Türkei, in der viele Oppositionelle strafrechtlich verfolgt werden, oder auch in eigenen Bundesstaaten der USA. Bei den US-Präsidentenwahlen von 2016 konnten einer aktuellen Studie zufolge schätzungsweise 6,1 Millionen Menschen, das heißt, 2,5 % der US-Amerikaner*innen im Wahlalter, nicht wählen, weil sie zuvor in ihrem Leben straffällig geworden waren (vgl. Udden et al. 2016). Weit überproportional betroffen davon sind männliche Afro-Amerikaner.

In Deutschland ermöglicht das Bundeswahlgesetz in § 13 Abs. 1 einen Wahlrechtsausschluss per Richterspruch. Zum einen entscheidet das Bundesverfassungsgericht über die Verwirkung von Grundrechten und kann in diesem Zusammenhang auch Personen das Wahlrecht, die Wählbarkeit und die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkennen. Zum anderen sieht das Strafgesetzbuch (in §45 Abs. 5 StGB) ausdrücklich vor, dass die Gerichte im eigenen Ermessen Verurteilten für die Dauer von zwei bis fünf Jahren das aktive Wahlrecht aberkennen können, und zwar beispielsweise bei folgenden Straftaten: Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit, Angriffe gegen Organe und Vertreter ausländischer Staaten, Straftaten im Zusammenhang mit Wahlen (Wahlfälschung etc.), Bestechlichkeit und Bestechung von Man-

¹¹ Kritisiert wurde dies beispielsweise von OSZE/ODIHR in den Wahlbeobachterberichten 2015 und 2016.

datsträgern sowie Straftaten gegen die Landesverteidigung (Sabotage etc.) (vgl. Bundestag 2015: 5).

Die richterliche Wahlrechtsaberkennung zielt vorderhand auf den Schutz der Wahlen und des demokratischen Rechtsstaates ab und richtet sich daher gerade gegen solche Personen, die eine Straftat gegen Verfassungsrechtsgüter begangen haben. Kritiker sehen dahinter jedoch ein überkommenes „Relikt des Ehrenstrafrechts“ aus Zeiten, in denen es noch die Aberkennung der „bürgerlichen Ehrenrechte“ gab (vgl. etwa Oelbermann 2011, 2015). *De facto* wird kaum jemandem in Deutschland strafgerichtlich das aktive Wahlrecht entzogen.

Anders hingegen verhält es mit dem Verlust des passiven Wahlrechts. Dieser geht nicht nur mit einem Ausschluss vom aktiven Wahlrecht einher, der richterlich stets ausdrücklich angeordnet werden muss. Das passive Wahlrecht büßen auch all jene Personen für fünf Jahre automatisch ein, die wegen eines Verbrechens für eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurden. Betroffen hiervon sind wohl viele Tausende Menschen in Deutschland.¹² Gute Gründe für einen – zumindest über die Haft hinaus dauernden – Entzug des passiven Wahlrechts sind, zumal mit Blick auf eine angestrebte Resozialisierung von Straftätern, schwer zu erkennen.

WAHLRECHTSEINSCHRÄNKUNGEN WEGEN (ODER ALS) BEHINDERUNGEN

In zahlreichen Staaten werden Menschen, die nicht rechtsfähig sind bzw. einer teilweisen oder vollständigen Vormundschaft unterliegen, automatisch vom Wahlrecht ausgeschlossen. Mitunter geht dem Ausschluss auch eine ärztliche Einzelfallbewertung oder eine spezifische richterliche Entscheidung über die Wahl(un)fähigkeit voraus. In anderen Ländern wiederum, etwa in Österreich, den Niederlanden, Italien und Großbritannien, bestehen formal-rechtlich keine Einschränkungen.

Beruhend auf der Annahme, dass das Wahlrecht nur solchen Personen zustehen soll, die rechtlich in vollem Umfang selbstständig handlungs- und entscheidungsfähig sind, ermöglicht in Deutschland das Bundeswahlgesetz (in § 13 Abs. 2 und 3) den Wahlrechtsausschluss zum einen von jenen Personen, die zur Besorgung *aller* ihrer Angelegenheiten einen Betreuer per Gericht bestellt bekommen haben, zum anderen

¹² Die Anzahl der Strafgefangene (mit mehr als einem Jahr Vollzugsdauer) belief sich laut Statistischem Bundesamt im März 2015 auf über 29.000 Personen, wobei allerdings nicht alle deutsche Staatsangehörige sind. Siehe auch die Kritik von Heribert Prantl: Deutsches Strafrecht. Wahlbürger hinter Gittern, in: Süddeutsche Zeitung, 16. August. 2012; www.sueddeutsche.de/politik/deutsches-strafrecht-wahlbuenger-hinter-gittern-1.1442183.

von solchen Personen, die sich auf Anordnung nach dem Strafgesetzbuch in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden.¹³ Gegen beide Ausschlussgründe des Paragraphen 13 werden verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht (vgl. Schreiber 2013). Beim Wahlprüfungsausschuss gingen entsprechende Wahleinsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag ein. Der Bundestag wies die Einsprüche allesamt zurück. Inzwischen ist eine Wahlprüfungsbeschwerde gegen den entsprechenden Beschluss des Deutschen Bundestags beim Bundesverfassungsgericht anhängig; eine Entscheidung wird noch für das Jahr 2017 erwartet.

Auch an menschenrechtlicher Kritik mangelt es nicht (vgl. Palleit 2011, DIMR 2016). Der Menschenrechtsausschuss, der den UN-Zivildpakt überwacht, ist dabei allerdings keine große Hilfe. Im Jahre 1996 wies er in einem „Allgemeinen Kommentar“ nur darauf hin, dass körperliche Behinderung kein Ausschlussgrund sei; doch könne es gerechtfertigt sein, das Wahlrecht Personen zu verweigern, deren Unzurechnungsfähigkeit feststehe. In seinen jüngsten „*Concluding Observations*“ (2012) zum Staatenbericht Deutschlands findet sich dementsprechend keine Kritik an hiesigen Wahlrechtsausschlüssen.¹⁴ Das Gleiche gilt für die „Abschließenden Bemerkungen“ zu vielen anderen Staaten, die Menschen unter teilweisen oder völligen Vormundschaft¹⁵ automatisch das Wahlrecht entziehen. Das Problem wird vom Ausschuss erst gar nicht thematisiert.

Anders hingegen stellt sich dies im Falle des UN-Behindertenrechtsausschusses dar; dieser überwacht die UN-Behindertenrechtskonvention (2006), die 2008 (und in Deutschland im März 2009) in Kraft trat. Ihr zufolge haben Menschen mit Behinderungen das *uneingeschränkte* aktive wie passive Wahlrecht. In jüngeren Empfehlungen beispielsweise an Litauen oder die Slowakei empfahl der Ausschuss, Bestimmungen in der Verfassung und/oder im Wahlgesetz zurückzunehmen, welche behinderten Menschen das Wahlrecht verwehren.¹⁶ Im Falle Bosnien-Herzegowinas drückte er seine Sorge darüber aus, dass Personen in Vormundschaft nicht wählen dürfen.¹⁷ Auch bei der Überprüfung des deutschen Staatenberichts zeigte sich der UN-Behindertenrechtsausschuss in seinen abschließenden Bemerkungen von 2015 besorgt über den in § 13 Abs. 2 und 3 des Bundeswahlgesetzes (und verschiedenen Ländergesetzen) vorgesehenen Ausschluss von Menschen mit Behinderungen vom Wahlrecht. Der Ausschuss empfahl Deutschland, „alle Gesetze und sonstigen Vorschriften aufzuheben,

13 Vgl. auch Deutscher Bundestag 2015: 8 ff.

14 Vgl. CCPR/C/DEU/CO/6, 12. November 2012.

15 In Deutschland wurde die „Vormundschaft“ zugunsten der „Betreuung“ aufgegeben.

16 Vgl. CRPD/C/LTU/CO/1, 11. Mai 2016, Ziffern 57 und 58 ; CRPD/C/SVK/CO/1, 17. Mai 2016, Ziffern 77 und 78.

17 Vgl. CRPD/C/BIH/CO/1*, 2. Mai 2017, Ziff. 22.

durch die Menschen mit Behinderungen das Wahlrecht vorenthalten wird, sowie Barrieren abzubauen und angemessene Unterstützung bereitzustellen“.¹⁸

Im Unterschied zum UN-Behindertenrechtsausschuss wiederum schloss der EGMR bislang einen Wahlrechtsausschluss von Menschen unter Vormundschaft nicht völlig aus. In der Rechtssache *Alojos Kiss v. Hungary*¹⁹ vertrat er die Ansicht, dass ein solcher Ausschluss ein legitimes Ziel sein könne, um sicherzustellen, dass lediglich solche Personen an den öffentlichen Angelegenheiten mitwirken, die fähig seien, die Folgen ihrer Entscheidungen einzuschätzen und bewusste, rechtsverbindliche Entscheidungen zu treffen. Allerdings rügte der EGMR in seinem Urteil die *pauschale* Einschränkung des Wahlrechts für Menschen mit geistiger Behinderung und Menschen mit psychischen Problemen in Ungarn. Der Gerichtshof sah es als problematisch an, diese Menschen als einheitliche Gruppe zu behandeln, und stellte klar, dass die Einschränkung ihrer Rechte einer strengen Prüfung bedürfe. Ein unterschiedsloser Entzug des Wahlrechts ohne gerichtliche Individualprüfung, der sich ausschließlich auf eine partielle Vormundschaft stütze, böte keine hinreichende Rechtfertigung.

Später musste auch der UN-Behindertenrechtsausschuss über eine Beschwerde aus Ungarn entscheiden. Sechs Personen, die aufgrund ihrer „*intellectual disability*“ durch richterlichen Beschluss unter (teilweise oder völlige) Vormundschaft gestellt worden waren, wurden dort automatisch aus dem Wahlregister gestrichen.²⁰ Die Regierung brachte vor, dass dem Wahlrechtsentzug – in Konformität mit dem neuen Grundgesetz Ungarns, das am 1. Januar 2012 in Kraft trat – eine richterliche Individualprüfung vorausgegangen wäre. Den Anforderungen des EGMR sei somit Genüge getan worden. Der Behindertenrechtsausschuss sah jedoch in der automatischen Streichung der Betroffenen aus dem Wahlregister infolge der – wenn auch richterlichen – Entscheidung über die Vormundschaft eine Verletzung der UN-Behindertenrechtskonvention an. Zudem erinnerte er daran, dass aus seiner Sicht „*an exclusion of the right to vote on the basis of a perceived or actual psychosocial or intellectual disability, including a restriction pursuant to an individualized assessment, constitutes discrimination on the basis of disability*“.²¹

Auch der Bundestag hat sich inzwischen mit der Frage befasst, ohne bislang über eine Streichung der entsprechenden Wahlrechtsausschlüsse aus dem Bundeswahlgesetz zu entscheiden. In der 17. Wahlperiode wurde eine solche Entscheidung mit dem

18 CRPD/C/DEU/CO/1, 13. Mai 2015; nicht-amtliche deutsche Übersetzung abrufbar unter: www.institut-fuer-menschenrechte.de

19 EGMR: Rechtssache *Alajos Kiss v. Hungary*, Nr. 38832/06, Urteil vom 20. Mai 2010.

20 Laut dem Wahlbericht von OSCE/ODIR waren bei den Parlamentswahlen 2014 insgesamt 57.000 Menschen mit geistiger Behinderung das Wahlrecht entzogen.

21 CRPD/C/10/D/4/2011, 16. Oktober 2013, Ziff. 12.

Hinweis vertagt, es würden noch mehr Informationen zu dem betroffenen Personenkreis benötigt. In der 18. Wahlperiode gab die Bundesregierung eine Studie in Auftrag, die klären sollte, inwieweit die entsprechenden Wahlrechtsausschlüsse in praktischer und rechtlicher Hinsicht erforderlich und gerechtfertigt sind – und ob sich aus der Behindertenrechtskonvention ein gesetzlicher Handlungsbedarf ergebe. Die Sachverständigen ermittelten, dass immerhin 85.550 Menschen, also 0,14 % der Wahlberechtigten, vom einem Ausschluss betroffen seien, davon 81.220 „totalbetreute“ Menschen und 3.330 Personen, die sich auf Anordnung nach dem Strafgesetzbuch in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden. Die Studie stellte weiterhin fest, dass der Einsatz von Wahlassistenz sehr aufwändig sei und eine ausreichende Entscheidungsfähigkeit einer Person voraussetze, die nur individuell geprüft werden könne. Zugleich wies sie auf die Gefahren von Wahlmanipulationen durch Assistenzmissbrauch hin. Weiterhin wurden Wahlrechtsausschlüsse unter bestimmten Voraussetzungen als verfassungsrechtlich zulässig und – unter Hinweis auf den Allgemeinen Kommentar des Menschenrechtsausschusses – mit dem Völkerrecht für vereinbar erachtet. Immerhin sprach sich die Studie gegen pauschale Wahlrechtsausschlüsse und für richterliche Einzelfallentscheidungen aus (vgl. Lang et al. 2016).

Die zentrale Annahme der Studie, das Wahlrecht vom Vorhandensein einer Entscheidungsfähigkeit abhängig zu machen, stieß jedoch auf Kritik, zumal das deutsche Wahlrecht keine Wahlpflicht vorsieht. Wer nicht fähig sei, sein Wahlrecht auszuüben, der lasse es eben ruhen und gebe keine Wahlentscheidung ab, meint Bettina Leonhard (2017: 6). Gerade aufgrund der Bedeutung des Wahlrechts als vornehmstes Rechts der Staatsbürger*innen dürfe es keine Ausschlüsse aufgrund vermeintlicher fehlender Fähigkeiten geben. Auch wurde die Gleichsetzung von Betreuungsbedarf und Entscheidungsfähigkeit kritisiert. Tatsächlich setzt die gegenwärtige Regelung des Wahlgesetzes an der Vorstellung an, dass Personen, die keinen ihrer Lebensbereiche mehr eigenverantwortlich regeln können, auch zu einer eigenverantwortlichen Wahlentscheidung nicht fähig seien. Den unterschiedlichen Logiken von Betreuungs- und Wahlverfahren werde, so die Kritik, damit nicht Rechnung getragen, selbst wenn letztlich Gerichte über den Wahlrechtsausschluss entscheiden sollten. Die Oppositionsfractionen Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen brachten am Ende der 18. Legislaturperiode nochmals einen gemeinsamen Gesetzesentwurf „zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention im Wahlrecht“²² ein, der allerdings nicht mehr abschließend beraten wurde.

22 BT-Drs. 18/12547.

Bei allen rechtlichen Interpretationsunterschieden ist letztlich der internationale Trend, entsprechende Wahlrechtsausschlüsse zu unterlassen, unverkennbar – was übrigens auch die o.g. Studie einräumt. Der UN-Menschenrechtsrat sprach bereits 2011 eine entsprechende Empfehlung aus.²³ Im gleichen Jahr empfahl das Ministerkomitee des Europarates, allen Menschen mit Behinderungen die diskriminierungsfreie Nutzung des Wahlrechts zu ermöglichen „... *through the removal of restrictions on legal capacity, the abolition of voting tests, the introduction of legal provisions, specific forms of assistance, awareness raising and funding*“.²⁴ Auch wird der Kreis derjenigen Länder größer, die Wahlrechtsausschlüsse von Menschen unter Betreuung zurücknehmen. Hinzu kamen 2013 beispielsweise Kroatien und Japan.

In Deutschland gewähren inzwischen Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein das Landtags- und Kommunalwahlrecht auch für Personen, die eine Betreuung in allen Angelegenheiten haben. Das Wahlrecht für jene, die im Maßregelvollzug in einem psychiatrischen Krankenhaus unterbracht sind, besteht in Baden-Württemberg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt sowie, beschränkt auf das aktive Wahlrecht, auch in Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein. In Sachsen gilt dies nur für die Kommunalwahlen.²⁵ Für eine Aufhebung entsprechender Wahlrechtsausschlüsse gerade auch auf Bundesebene setzen sich seit Jahren die Monitoring-Stelle der UN-Behindertenrechtskonvention am Deutschen Institut für Menschenrechte sowie Behindertenverbände ein, wie die Lebenshilfe oder die Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland. Die Forderung fand auch Aufnahme in den Wahlforderungskatalog des Forums Menschenrechte, eines bundesweiten Netzwerkes mit rund 50 Organisationen, die sich für die Menschenrechte einsetzen (vgl. Forum Menschenrechte 2017: 14).

ZU JUNG ZUM WÄHLEN? DAS WAHLALTER

Gemeinhin anerkannt sind Altersvoraussetzungen für das Wahlrecht. Auch dahinter steht freilich die Vorstellung, dass Menschen bestimmter geistiger Voraussetzungen, hier: Reife, bedürfen, um ihr Wahlrecht selbstbestimmt und verantwortungsvoll zu nutzen oder gar gewählt zu werden. Trotz aller entwicklungspsychologischen Erkenntnisse ist die Festsetzung eines Mindestalters für das aktive und passive Wahlrecht zu einem gewissen Maße willkürlich, ebenso wie das Alter der Volljährigkeit, an dem

23 UN-Doc A/HRC/RES/19/11, 23. April 2012.

24 Recommendation CM/Rec(2011)14 of the Committee of Ministers to member states on the participation of persons with disabilities in political and public life, 16. Dezember 2011.

25 Zusammenstellung der Monitoring-Stelle des Deutschen Instituts für Menschenrechte.

sich das Wahlalter orientiert. Strenggenommen müsste das Wahlalter immer wieder daraufhin geprüft werden, ob es der Entwicklungsreife und der Lebenssituation junger Menschen entspricht. In Deutschland wurde das Wahlalter für das aktive Wahlrecht im Jahre 1970 von 21 Jahren auf 18 Jahre verringert. Japan senkte es erst 2015 von 20 auf 18 Jahre. Dies ist zurzeit internationaler Standard für nationale Wahlen, auch wenn in einigen wenigen Ländern das Wahlalter für das aktive Wahlrecht noch bei 19, 20 oder 21 Jahren liegt. Andere Staaten wie etwa Nicaragua, Brasilien und seit der Reform von 2007 auch Österreich schreiben nur ein Mindestalter von 16 Jahren vor.

In Deutschland senkte Niedersachsen als erstes Bundesland 1996 das Wahlalter bei Kommunalwahlen auf 16 Jahre. Dem Beispiel folgten (in alphabetischer Reihenfolge): Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein. In Brandenburg, Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein gilt das verringerte Wahlalter auch für Landtagswahlen. In Hessen machte die Regierung unter Roland Koch eine entsprechende Reform Ende der 1990er Jahre rasch wieder rückgängig. Für die Bundestagswahlen blieben entsprechende Initiativen im Bundestag indes erfolglos. Der jüngste diesbezügliche Antrag von Bündnis 90/Die Grünen²⁶ knüpfte an die UN-Kinderrechtskonvention an und sah in der Senkung des Wahlalters auf allen politischen Ebenen ein wichtiges Element, damit Jugendliche ihre Interessen selbständig vertreten könnten. Dies schärfe zugleich den Sinn für das Gemeinwohl, stärke den Zusammenhalt und den Generationendialog und fördere Integration und Gerechtigkeit. Auch ins Wahlprogramm für die Bundestagswahl 2017 haben Bündnis 90/Die Grünen, ebenso wie Die Linke und die SPD, die Senkung des Wahlalters auf 16 aufgenommen. Das Wahlprogramm der Piratenpartei sieht sogar eine Senkung auf 14 Jahre vor. CDU, CSU und FDP hingegen halten an dem bisherigen Wahlalter für die Bundestagswahlen fest. Auch die Bevölkerung scheint einer Reform auf nationaler Ebene mehrheitlich ablehnend gegenüber zu stehen, so ergeben Umfragen. Selbst Jugendliche seien zurückhaltend, in eine aus ihrer Sicht anspruchsvolle politische Verantwortung gezogen zu werden, meint der Sozialisationsforscher Klaus Hurrelmann (2013). Dennoch empfehlen er und weitere Wissenschaftler*innen eine Senkung des Wahlalters auf 16, auch als einen „Beitrag zur nachhaltigen Steigerung der Wahlbeteiligung“ (Verkamp et al. 2015).

²⁶ In der 18. Wahlperiode etwa BT-Drs. 18/3151, 12. November 2014. Siehe zuvor bereits: BT-Drs. 16/6647, 10. Oktober 2007.

Kein Erfolg beschieden war (und ist) übrigens auch den überfraktionellen Anträgen für ein „Wahlrecht von Geburt an“, wonach die Eltern die Stimme für ihre Kinder treuhänderisch abgäben.²⁷ Ein solches „Vertreterwahlrecht“ ist mit dem geltenden Verfassungsrecht allerdings auch kaum vereinbar, da es gegen das Gleichheitsprinzip verstößt (vgl. Schreiber 2013).

Bleibt zu erwähnen, dass die Altersvoraussetzungen für die Ausübung des passiven Wahlrechts, in der nationalen wie internationalen Reformdebatten wenig thematisiert werden. Für Parlamentsabgeordnete variiert das Alter für gewöhnlich zwischen 18 und 25 Jahren. Bei Präsidentschaftswahlen liegt es in der Regel weit höher.

WÄHLEN NUR MIT STAATSBÜRGERSCHAFT?

Das Recht auf Teilnahme an Wahlen ist zwar in internationalen Menschenrechtsabkommen verankert, bleibt dort aber, wie eingangs erwähnt, als einziges Recht ausdrücklich auf die Ausübung im eigenen Land bzw. an die Staatsbürgerschaft gebunden. Demzufolge ist es mit internationalen Menschenrechtsabkommen völkerrechtlich vereinbar, wenn die Staaten, wie üblich, das Wahlrecht an die Staatsbürgerschaft koppeln. So haben für gewöhnlich nur Staatsbürger*innen das Recht zu wählen und gewählt zu werden.

Ansässige Nicht-Staatsangehörige dürfen nur in wenigen Ländern bei nationalen Wahlen ihre Stimme abgeben: In Irland trifft dies auf Briten und in Großbritannien auf Iren und Commonwealth-Angehörige zu. Letztere genießen auch in einigen Staaten der englischsprachigen Karibik das aktive (nicht aber das passive) Wahlrecht. Darüber hinaus dürfen ansässige ausländische Staatsbürger beispielsweise seit 1975 in Neuseeland nach einem Jahr ständigen Aufenthalt wählen, was Reilly/Torresi (2016: 401) zufolge zu einer „*uniquely inclusive political community*“ geführt habe. In Chile können im Land wohnhafte Nicht-Staatsangehörige nach fünf Jahren, in Malawi nach sieben Jahren und in Uruguay nach 15 Jahren das aktive Wahlrecht für nationale Wahlen erhalten.²⁸

Ansonsten räumen die Staaten ansässigen Nicht-Staatsangehörigen allenfalls bei subnationalen Wahlen das Wahlrecht ein. In Europa betrifft dies zunächst die ansässigen EU-Ausländer*innen, die bereits aufgrund des geltenden EU-Rechts innerhalb

27 Vgl. BT-Drs. 16/9868, 27. Juni 2008; BT-Drs. 15/1544, 11. September 2003.

28 Eine grundsätzliche Kritik an dem Erfordernis einer (retrospektiven) Aufenthaltsdauer für das Wahlrecht für Immigrant*innen – wie sie aus moralischer Sicht beispielsweise Anna Goppel (2017) vorträgt – ist selten; zumeist wird eine vorangegangene Mindestaufenthaltsdauer als eine sinnvolle Voraussetzung für ein nationales Wahlrecht (oder auch die Staatsbürgerschaft) von Immigrant*innen angesehen.

der Staaten der Europäischen Union (EU) neben dem Europawahlrecht auch das kommunale Wahlrecht genießen. Nicht-EU-Bürger, sogenannte Drittstaatsangehörigen, dürfen ab einer bestimmten Mindestaufenthaltsdauer im Land beispielsweise in Schweden, Dänemark, Island, Finnland und Norwegen, den Niederlanden, der Republik Irland sowie etwa auch in Belgien, Estland und Luxemburg an lokalen und/oder regionalen Wahlen teilnehmen.

Deutschland hingegen gehört zu den Nachzüglern, wo selbst das kommunale Wahlrecht – trotz gegenteiliger Forderungen vieler Integrationsbeiräte und einer entsprechenden Konvention des Europarates²⁹ – bis heute an die Staats- bzw. Unionsbürgerschaft gekoppelt bleibt. Dahinter stehen nicht nur verfassungs*politische* Integrationsvorstellungen, sondern auch verfassungs*rechtliche* Gründe. Einer einfachgesetzlichen Einführung des Ausländerwahlrechts hat 1990 das Bundesverfassungsgericht – und daran anknüpfend 2014 etwa auch der Staatsgerichtshof Bremen – einen Riegel vorgeschoben.³⁰ Das Staatsvolk, als Träger der in Wahlen ausgeübte Staatsgewalt (nach Art. 20 Abs. 2 GG), umfasst laut BVerfG nur deutsche Staatsangehörige und die ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen. Folglich sei es verfassungsrechtlich verboten, solchen Personen die Teilhabe an der Staatsgewalt zu ermöglichen, die nicht zum deutschen Staatsvolk gehören. Über das Homogenitätsgebot (Art. 28 Abs. 2) gelte dies auch für die Länder, Kreise und Gemeinden³¹.

Geht man – wie das BVerfG und die herrschende Rechtsmeinung – davon aus, dass für die Einführung eines Ausländerwahlrechts das Grundgesetz geändert werden müsste, stellt sich die Frage, ob eine solche Grundgesetzänderung nach Maßgabe der Ewigkeitsgarantie (des Art. 79 Abs. 3 GG) zulässig wäre. Dies wird mitunter bestritten.³² Abweichende Positionen zufolge fällt hingegen die Erweiterung des Wahlrechts für Ausländer*innen nicht in den änderungsfesten Bereich des Grundgesetzes, zumal inzwischen per Grundgesetzänderung das Wahlrecht für Unionsbürger auf kommunaler Ebene erweitert wurde (vgl. Walter 2013: 38 f.).

Eine allgemeine „Wohnbürgerschaft“ mit Wahlrecht ist weltweit noch nicht in Sicht. Solange aber das Wahlrecht für nationale oder subnationale Wahlen auf Staatsbürger*innen beschränkt bleibt, ist die – mehr oder minder restriktiv gehandhabte – Einbürgerung Voraussetzung für die Wahlteilnahme auf nationaler Ebene.

29 Vgl. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level von 1992 (seit 1997 in Kraft). Die Konvention wurde jedoch bisher nur von neun Staaten ratifiziert; Deutschland befindet sich nicht darunter.

30 BVerfGE 83, 37; StGH Bremen, NVwZ-RR 2014, 497.

31 BVerfG 83, 37, 53 ff.

32 Vgl. etwa die entsprechenden Verweise in Schreiber 2013, Bundestag 2016.

Verglichen mit einer erweiterten Wahlberechtigung für Ausländer*innen, sieht Andreas Funke (2016) in einem erleichterten Erwerb der Staatsangehörigkeit sogar den Vorteil, dass Nicht-Staatsangehörigen nicht nur Zugang zu Wahlen, sondern auch zu öffentlichen Ämtern, d.h. zu Stellen in der Verwaltung und der Rechtsprechung, erhalten würden. Bislang wird aber das „Einbürgerungspotenzial“ in Deutschland kaum ausgeschöpft: Der Anteil der Einbürgerungen an der Zahl der einbürgerungsfähigen Ausländer*innen ist gering (ebd.).

Eine besondere Problemlage ergibt sich für jene Bevölkerungsgruppen, die in post-sovietischen Staaten wie Estland und Lettland nach der Unabhängigkeit nicht automatisch die Staatsbürgerschaft erhielten und ohne Einbürgerung nicht über das aktive wie passive Wahlrecht bei den Parlamentswahlen verfüg(t)en. In Estland blieben noch bei den Parlamentswahlen von 2015 rund 85.000 solcher „Personen ohne festgelegte Staatsbürgerschaft“ (6,5 % der Bevölkerung) das aktive wie passive Wahlrecht verwehrt.³³ Sie gehörten zumeist der russischen Minderheit an, die etwa ein Viertel der Bevölkerung ausmacht. In Lettland, mit einem ähnlichen großen Bevölkerungsanteil der russischen Minderheit, belief sich die Zahl der „Nicht-Staatsbürger“ im Jahr 2014 auf knapp 277.000 Personen (12,7 % der Bevölkerung), davon etwa 263.000 im Wahlalter.³⁴

Die Voraussetzungen für das passive Wahlrecht sind oft noch strenger. In Chile und Malawi beispielsweise dürfen ansässige Nicht-Staatsangehörige zwar wählen, nicht aber für das Präsidentenamt oder ein Parlamentsmandat kandidieren. In den USA müssen Präsidentschaftskandidaten nicht nur die US-Staatsbürgerschaft besitzen, sondern auch in den USA geboren sein (weshalb beispielsweise der frühere Gouverneur und gebürtige Österreicher Arnold Schwarzenegger dort nicht für eine Präsidentschaft kandidieren könnte). Im Extremfall können Beschränkungen des passiven Wahlrechts auch gezielt zu Ausgrenzungen politischer Gegner verwendet werden. In Sambia beispielsweise verhinderte Präsident Frederick Chiluba, der 1991 in kompetitiven Wahlen den langjährigen Alleinherrscher Kenneth Kaunda abgelöst hatte, bei den Folgewahlen im Jahre 1996 die Kandidatur Kaundas. Möglich war dies durch eine Verfassungsreform, die vorsah, dass auch die Eltern von Präsidentschaftskandidaten per Geburt oder Abstammung Sambier sein müssten.³⁵

33 Vgl. OSCE/ODIHR: Estonia. Parliamentary Elections 1 March 2015, OSCE/ODIHR Election Expert Team, Final Report, Warsaw, 26 May 2015, S. 11.

34 Vgl. OSCE/ODIHR: Republic of Latvia. Parliamentary Elections 4 October 2014, OSCE/ODIHR Election Assessment Mission, Final Report, Warsaw, 18 December 2014, S. 7.

35 Vgl. den Zambia-Beitrag des Autors in: Nohlen/Krennerich/Thibaut 1999, 939-962, hier: 943.

WOHNSITZAUFLAGEN UND WÄHLEN IM AUSLAND

In Deutschland und vielen anderen westlichen Demokratien war ursprünglich das Wahlrecht oder dessen Ausübung daran geknüpft, dass die Staatsangehörigen im Wahlgebiet wohnhaft waren. Unter anderem im Streitfall *Hilbe vs. Liechtenstein* bestätigte der EGMR, dass das „*residence requirement*“ mit dem Recht auf freie Wahlen, wie es in Art. 3 des ersten Protokolls der EMRK verankert ist, vereinbar sei. Hieran orientieren sich auch der nicht-bindende *Code of Good Practices in Electoral Matters* des Europarates und die Wahlstandards der OSZE/ODIHR. Problematisch ist es allerdings, wenn solche „*residence requirements*“ unverhältnismäßig lang ausfallen. So kritisierte beispielsweise der Wahlbeobachterbericht der OSZE/ODIHR das Wahlgesetz Montenegros, demzufolge Wahlberechtigte die letzten 24 Monate vor den Wahlen im Land wohnen müssen.³⁶

Unter den 47 Staaten des Europarates räumen ohnehin inzwischen die meisten Länder auch ihren Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland das Wahlrecht für nationale Wahlen ein, wenngleich gelegentlich mit Einschränkungen oder, wie in Großbritannien für einen Zeitraum von 15 Jahren nach Wegzug, zeitlich limitiert. Jüngst erst wurde im Ausland ansässigen Rumän*innen per Gesetz (2015) das Wählen außerhalb des Landes ermöglicht. Bei den Parlamentswahlen von 2016 waren davon rund 609.000 Rumän*innen im Wahlregister eingeschrieben, 7000 für eine Briefwahl.³⁷

In Griechenland wird hingegen eine entsprechende Verfassungsvorgabe seit Jahrzehnten in der Praxis nicht umgesetzt – worin der EGMR im Jahre 2012 jedoch keine Verletzung des Rechts auf freie Wahlen sah.³⁸ „*Expat Greeks frustrated after exclusion from election*“, überschrieb die britische Tageszeitung „*the guardian*“ (26. Januar 2015) bezeichnenderweise einen Beitrag über in London ansässige Griechen, die bei den griechischen Parlamentswahlen 2015 eben nicht im Ausland wählen konnten. Nicht möglich ist das *out-of-country voting* bei nationalen Parlamentswahlen etwa auch in Dänemark, Liechtenstein, Malta, Zypern sowie der Republik Irland. Ausnahmen betreffen mitunter Staatsbedienstete und ihre Familien sowie Militärpersonal.

Eigentümlich ist die Regelung in Uruguay: Dort dürfen zwar Ausländer*innen bei nationalen Wahlen ihre Stimme abgeben, nicht aber die eigenen Staatsangehörigen, die im Ausland wohnen. In einer Volksbefragung (*consulta popular*) wurde dort 2009

36 Vgl. OSZE/ODIHR: Montenegro. Parliamentary Elections 2016, OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Final Report, Warsaw, 25 January 2017, S. 8.

37 OSZE/ODIHR: Romania. Parliamentary Elections 11 December 2016. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report, Warsaw, 31 October 2016, S. 6.

38 Vgl. Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, Nr. 42202/07, Urteil vom 15. März 2002.

der Vorschlag abgelehnt, im Ausland lebenden *uruguayos* die Wahl zu ermöglichen; auch jüngere Reforminitiativen blieben bislang erfolglos. In Chile wurde eine ähnliche Regelung mit der jüngsten Wahlreform beseitigt; seither dürfen Staatsangehörige im Ausland zumindest bei Präsidentschaftswahlen und nationalen Plebisziten wählen.

Voraussetzung für die Gewährung des Auslandswahlrechts bleibt indes, dass die Integrität der Stimmabgabe und -auszählung gewährleistet werden kann. Unzulängliche Kontrollmechanismen stoßen hier immer wieder auf Kritik. Auch variieren je nach Ländern die konkreten Bestimmungen des Auslandswahlrechts, etwa bezüglich der Registrierung, der Stimmabgabe und der Zuordnungen zu entsprechenden Wahlkreisen. In einigen Staaten, beispielsweise Portugal und Kroatien, gibt es eigene Auslandswahlkreise, in anderen werden die Stimmen inländischen Wahlkreisen zugeordnet, etwa auf Grundlage des früheren Wohnsitzes (wie in Deutschland) oder ohne Wahlkreisbezug (wie in Russland).

2. Wahlorganisation und Wahlrecht

Die Art und Weise, wie Wahlen organisiert werden, wirkt sich ganz erheblich darauf aus, inwieweit das allgemeine und gleiche Wahlrecht genutzt werden kann. Nur einige ausgesuchten Aspekte im internationalen Vergleich seien kursorisch erwähnt.

DIE WÄHLERREGISTRIERUNG – VORAUSSETZUNG FÜR DEN WAHLGANG

Um ihr Wahlrecht ausüben zu können, müssen die Wahlberechtigten für gewöhnlich registriert sein. In vielen Teilen der Welt, in denen die Wählerregistrierung nicht auf Grundlage verlässlicher Einwohnermelderegister erfolgt, ist eine aktive Wählerregistrierung notwendig, gehören die Erstellung und die Aktualisierung der Wählerlisten zu den besonders schwierigen Problemen der Wahlorganisation. Die Kunst ist dabei sicherzustellen, dass möglichst alle Wahlberechtigten registriert werden und wählen können, und zugleich zu vermeiden, dass unsaubere Wählerlisten (mit den berüchtigten „Toten“ und Mehrfachregistrierungen) bestehen, die Wahlbetrug ermöglichen. Besonders schwierig stellt sich die Wählerregistrierung in Postkonfliktstaaten mit einer hohen Zahl von Binnenvertriebenen und Flüchtlingen dar, zumal, wenn diese über keine gültigen Ausweise (mehr) verfügen. Im Extremfall kann die Durchführung ordnungsgemäßer Wahlen sogar an einer mangelhaften Wählerregistrierung scheitern. Mitunter können Probleme der Wählerregistrierung aber auch, wie gegenwärtig im Falle des Präsidenten Joseph Kabila in der „Demokratischen“ Republik Kongo, als

Grund vorgeschoben werden, um die Wahlen auf unbestimmte Zeit zu verschieben und den Machterhalt zu sichern.³⁹

WAHLKREISZIEHUNGEN – UND GLEICHES STIMMENGEWICHT

Sofern Parlamentsmandate in Wahlkreisen vergeben werden⁴⁰, ist die Wahlkreiseinteilung für die Gleichheit der Wahl von großer Bedeutung. Um zu gewährleisten, dass jede Wählerstimme gleich viel zählt, ist sicherzustellen, dass das Verhältnis zwischen der Zahl der Einwohner/Wahlberechtigten und der Mandatszahl in allen Wahlkreisen nicht allzu stark voneinander abweicht.⁴¹ Hierzu ist eine regelmäßige Anpassung von Wahlkreisen an die Bevölkerungsentwicklung notwendig. In verschiedenen europäischen Staaten, etwa in Spanien und Kroatien, waren bei den Parlamentswahlen jedoch die Abweichungen weit größer als internationale Standards vorgeben. Allerdings können Versuche, möglichst gleichgroße Wahlkreise zu schaffen, auch erhebliches Konfliktpotenzial bergen. Hiervor zeugt die aktuelle parteipolitische Auseinandersetzung um die *Boundary Review 2018* in Großbritannien, wo unabhängige *Boundary Commissions* für die Wahlkreisziehung verantwortlich sind. Besonders problematisch ist zudem die nach parteipolitischen Gesichtspunkten vorgenommene Ziehung der Wahlkreisgrenzen, das sogenannte *gerrymandering*. Entsprechende Manipulationswürfe wurden in Bezug auf die Parlamentswahlen in Ungarn laut.⁴²

BEWUSSTER BRUCH MIT DER STIMMENGLEICHHEIT

Mit der Zählwertgleichheit der Stimmen wird mitunter bewusst gebrochen, um eine Repräsentation nationaler Minderheiten oder bevölkerungsarmer Wahlkreise zu sichern. Beides trifft beispielsweise auf Kanada zu, das die relative Mehrheitswahl an-

39 Vgl. etwa das Interview mit Josph Kabila in: Der Spiegel, 23/2017, S. 82 ff.

40 Dies trifft nicht nur für Mehrheitswahlsysteme, sondern auch für die meisten Verhältniswahlsysteme und kombinierten Wahlsysteme zu.

41 Dabei geht es wohlgermerkt um den „Zählwert“ der Stimmen, nicht um den „Erfolgswert“, der sich je nach Wahlsystem unterscheidet. So fallen in Mehrheitswahlsystemen bei der Mandatsvergabe letztlich all jene Stimmen „unter den Tisch“, die in den jeweiligen Wahlkreisen nicht für den Gewinner oder die Gewinnerin abgegeben wurden. Selbst bei Verhältniswahlsystemen bleiben bei der Mandatsverteilung die Stimmen für jene Parteien unberücksichtigt, die unter die formalen Sperrklauseln fallen oder nicht die faktischen Hürden nehmen, die sich bei der Verhältniswahl in Wahlkreisen durch die jeweilige Wahlkreisgröße ergeben. Allein bei der – eher selten vorkommenden – reinen Verhältniswahl, bei der letztlich die Mandatsvergabe auf Grundlage der nationalen Gesamtstimmenzahl (und damit im nationalen Wahlkreis) erfolgt, besteht, so weit wie mathematisch möglich, ein gleicher Erfolgswert der Stimmen.

42 Vgl. OSCE/ODIHR: Hungary. Parliamentary Elections, 6 April 2014. OSCE/ODIHR Limited Election Observation Mission, Final Report, 11 July 2014, S. 7.

wendet. Das dortige Wahlgesetz erlaubt verhältnismäßig große Wahlkreisabweichungen, um etwa indigene Gruppen zu schützen oder historisch gewachsene administrative Einheiten zu berücksichtigen. Die sogenannte „*grandfather clause*“ garantiert zudem den Provinzen mindestens so viele Sitze im *House of Commons*, wie sie 1985 besaßen. Ein anderes Beispiel: In Slowenien verfügen Angehörige der italienischen und der ungarischen Minderheiten im Unterschied zu anderen Staatsbürgern über eine zusätzliche Stimme bei Parlamentswahlen, und zwar für die Vergabe der für beide dieser Minderheiten reservierten Sitze in dem 90 Sitze umfassenden Parlament. In Kroatien wurde dieses Problem dadurch umgangen, dass sich dort die Angehörigen von Minderheiten entscheiden müssen, ob sie für Kandidaten eines Minderheitenwahlkreises oder für jene ihres regulären Wahlkreises stimmen.

WÄHLEN IM WAHLLOKAL – FREI UND GEHEIM?

Die Wahl mit einem gedruckten Stimmzettel im Wahllokal ist immer noch die gängigste und wohl auch die sicherste Form der Stimmabgabe, da so am ehesten eine freie und geheime Wahlentscheidung sichergestellt werden kann und sich die Ergebnisse auch nachträglich überprüfen lassen. Dabei ist sicherzustellen, dass das Wählen barrierefrei möglich ist und dass auch ältere und behinderte Menschen, die Assistenz benötigen, ihr Wahlrecht ohne Einflussnahme nutzen können. Selbst wenn diese eine Unterstützung (z.B. durch eine Vertrauensperson) in der Wahlkabine benötigen, ist die Geheimheit der Wahl soweit wie möglich sicherzustellen. Die geheime Stimmabgabe der Wahlberechtigten dient allgemein dazu, sowohl eine freie Wahlentscheidung zu ermöglichen als auch im Wahllokal keinen Einfluss auf die Wahlentscheidung anderer Personen zu nehmen. Unhaltbar ist etwa die rechtlich eingeräumte und/oder tatsächlich genutzte Möglichkeit, auch außerhalb der Wahlkabine zu wählen.⁴³ Um Stimmenkauf zu unterbinden, ist weiterhin das – mit Mobiltelefonen inzwischen besonders leichte – Fotografieren des eigenen, ausgefüllten Stimmzettels in der Wahlkabine zu verbieten. Ebenso wenig hinnehmbar ist die Praxis des gemeinsamen Wählens von Ehepartnern und Familien (*family voting*) in der Wahlkabine, wie es stellenweise in osteuropäischen Staaten toleriert wird.

⁴³ So etwa bei den Parlamentswahlen 2010 in Ungarn. Vgl. OSCE/ODIHR: Republic of Hungary, Parliamentary elections, 11 April 2010. OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report, 9 August 2010, S. 23 f.

ELEKTRONISCHE STIMMABGABE – NICHT OHNE SICHERHEITSRISIKO

Als Alternative zum Stimmzettel wurde in einigen Ländern die elektronische Stimmabgabe eingeführt, so auch in etlichen Bundesstaaten der USA, wo in der Vergangenheit verschiedene mechanische und elektronische Wahlgeräte (teils fehlerhaft) zur Anwendung kamen. Mit einigen Ausnahmen, wie Belgien und Russland, hat sich diese jedoch in den Ländern des Europarates noch nicht etabliert. In den Niederlanden wurde nach der Wahl von 2006 die elektronische Stimmabgabe in einzelnen Gemeinden aufgrund von Sicherheitsrisiken wieder abgeschafft. In Deutschland erklärte das BVerfG die Verwendung von Wahlcomputern nur dann für mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnismittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können. Diesen Anforderungen entsprachen die bei der Bundestagswahl 2005 stellenweise eingesetzten Wahlcomputer nicht.⁴⁴

WÄHLEN AUSSERHALB DES WAHLLOKALS

Für die zahlreichen Wahlberechtigten, die am Wahltag nicht ins Wahllokal kommen können oder wollen, bestehen für gewöhnlich alternative Möglichkeiten der Stimmabgabe. Sie sollen verhinderten Wählern ermöglichen, ihr Wahlrecht zu nutzen. In etlichen Staaten ist eine vorzeitige, persönliche Stimmabgabe (*early voting*) in einem Wahllokal möglich. Mitunter gibt es spezielle Wahllokale am Wahltag für Wahlberechtigte, die sich nicht an ihrem Wohnort aufhalten. Mancherorts besteht auf Antrag auch die Möglichkeit der Stimmabgabe durch einen Stellvertreter (*proxy voting*), was gerade in Ländern ohne demokratische Wahlkultur problematisch ist. Größeren Manipulationsrisiken ausgesetzt ist auch das Wählen mittels transportabler Wahlurnen (*mobile voting*), wie es in verschiedenen Staaten Ost(mittel)europas und des Kaukasus vor allem für kranke und gebrechliche Personen möglich ist.

BRIEFWAHL UND WAHL PER INTERNET

Als Alternative bietet sich die Briefwahl an, die inzwischen in vielen Staaten Europas möglich ist. Am stärksten genutzt wird diese Option wohl in der Schweiz, wo die Briefwahl seit 20 Jahren etabliert ist: 86 Prozent der Wählerinnen und Wähler gaben dort 2015 ihre Stimme mittels Briefwahl ab. Allerdings setzt die Briefwahl einen sicheren Postweg, klebende Kuverts (Stichwort: Österreich) und eine entsprechende

⁴⁴ Vgl. BVerfG, 3. März 2009 – 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07.

Kontrolle bei der Auszählung voraus. In einigen Staaten, können die Wahlberechtigten inzwischen auch per Internet wählen. In Estland besteht hierbei die Besonderheit, dass innerhalb eines Sieben-Tage-Zeitraums der Wähler oder die Wählerin so oft wählen kann, wie er oder sie möchte; nur die zuletzt abgegebene Stimme zählt – und kann ihrerseits durch einen rechtzeitig abgegebenen gedruckten Stimmzettel wieder nichtig werden. Dies alles soll sicherstellen, dass Wahlberechtigte ohne Einfluss und Druck durch andere Personen wählen.

WAHLMANIPULATIONEN UND WAHLBETRUG

Die Bedeutung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts wird untergraben, wenn eine freie und geheime Stimmabgabe nicht gewährleistet ist und das Wählervotum verfälscht wird. Die Praktiken der Wahlmanipulationen sind vielfältig. Vor dem eigentlichen Wahltag können die politischen Wettbewerbsbedingungen verzerrt sein, wenn oppositionelle Kräfte behindert und/oder regimetreue Kandidaten und Parteien stark begünstigt werden. Typisch sind die Instrumentalisierung staatlicher Ressourcen zu Wahlkampfzwecken und die Kontrolle der Medien und der Zivilgesellschaft. Vor oder bei der Stimmabgabe kann Druck auf bestimmte Bevölkerungsgruppen, etwa auf staatliche Bedienstete und Militärangehörige, ausgeübt werden, die Regimepartei zu wählen. Am Wahltag selbst gehören dann etwa das mehrfache Wählen seitens ein- und derselben Personen (*multiple voting*), der Stimmenkauf (*vote buying*), das Auffüllen der Wahlurnen mit unrechtmäßig ausgefüllten Stimmzetteln (*ballot box stuffing*) und der Wahlbetrug bei der Stimmenauszählung und bei der Weiterleitung von Wahlergebnissen zur nächsthöheren Wahlinstanz zu schwerwiegenden Wahlvergehen. Solche Praktiken kommen in den autoritären Regimen teils im großen Stil vor. So genügten beispielsweise die Wahlen in Belarus und – trotz internationaler Gegenbemühungen – in Aserbaidschan nicht demokratischen Standards, ebenso wenig jene in den zentralasiatischen Autokratien. Auch Präsidentschafts- und Parlamentswahlen in Russland waren von Wahlmanipulationen geprägt. In geringerem Umfang kommt es aber auch in Staaten, in denen die Demokratie Fuß griff, sich aber nur schrittweise eine demokratische Kultur etabliert hat, zu Unregelmäßigkeiten und sporadischen Wahlmanipulationsversuchen. Alles in allem genügen jedoch die Wahlen in den meisten Staaten des Europarats inzwischen demokratischen Standards. Dasselbe gilt übrigens für viele Länder Lateinamerikas, wo sich im Zuge der (Re-)Demokratisierung seit den 1980er Jahren eine eigenständige, professionelle Wahlberatung und -beobachtung etabliert hat und Wahlen zur „demokratischen Routine“ geworden sind (vgl. Krennerich 1999).

3. Wahlstandards und Reformdruck

Gemessen an den Wahlhandbüchern der zahlreichen internationalen und nationalen Organisationen weltweit, die wahlbeobachtend oder -beratend unterwegs sind, unterscheiden sich die an Wahlen angelegten internationalen Standards für freie und faire Wahlen nicht sonderlich. Die Afrikanische Union, die Organisation Amerikanischer Staaten und die Vereinten Nationen legen ähnliche Maßstäbe an wie die Europäische Union, der Europarat oder auch die OSZE. Je nach Wahlproblemen unterscheiden sich allerdings die davon ausgehenden Reformimpulse.

Seitens des Europarates und der OSZE ging in den vergangenen beiden Jahrzehnten erheblicher internationaler Reformdruck gerade auf die Transformationsländer Ost(mittel)europas und des Kaukasus' aus, ihre Wahlgesetze und ihre Wahlpraxis an internationalen Standards auszurichten und Wahlmanipulationen zu unterbinden. Die Empfehlungen umfassten den gesamten Wahlprozess, reichten von der Wähler- und Kandidatenregistrierung über den Wahlkampf und die Regulierung der Medien bis hin zu der Wahlbeobachtung und den vielfältigen Aktivitäten an und nach dem Wahltag, einschließlich der Stimmauszählung, sowie der Dokumentation der Wahlergebnisse und etwaiger Wahlbeschwerden. Auch die Repräsentation von Frauen und Minderheiten steht seit geraumer Zeit prominent auf der Agenda.

Im Ergebnis finden wir das nur vorderhand paradoxe Phänomen vor, dass inzwischen gerade die (ehemaligen) Transformationsländer über umfassende und detaillierte Wahlgesetze verfügen, während die Wahlgesetze etablierter Demokratien mitunter Regulierungslücken aufweisen und teils Bestimmungen enthalten, die jungen Demokratien nicht anzuraten sind. Dazu gehören etwa Regulierungslücken bezüglich des Wahlkampfes oder der Wahlbeobachtung oder die Tatsache, dass in etablierten westeuropäischen Demokratien die Wahlen durch Exekutivbehörden organisiert werden und nicht etwa durch unabhängige Wahlkommissionen, wie sie im Zuge der dritten Demokratisierungswelle seit den 1980er Jahren weltweit eingerichtet wurden. Angesichts einer demokratischen Wahlpraxis halten sich OSZE und Europarat mit Reformempfehlungen gegenüber etablierten Demokratien zwar eher zurück, doch greifen sie – wie etwa im Falle der verbleibenden Wahlrechtsausschlüsse (Gefangene, Menschen mit Behinderungen) – mitunter durchaus Forderungen von UN-Menschenrechtsausschüssen und des EGMR auf. Bleibt abzuwarten, ob sich die Forderungen durchsetzen – und ob die erreichten Wahlstandards im Zuge wachsender autokratischer und illiberaler Tendenzen weltweit und auch in Europa wieder bröckeln.

Literatur

- AU 2013: *African Union Election Observation Manual*, Addis Ababa: AU.
- Council of Europe (CoE), European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) 2003: *Code of Good Practice in Electoral Matters, Guidelines and Explanatory Report*, Strasbourg, CDL-AD (2002) 23 rev.
- Council of Europe (CoE) European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) 2006: *Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe. Synthesis study on recurrent challenges and problematic issues, on the basis of a contribution by Mr Michael Krennerich (Expert, Germany)*, Strasbourg, CDL-AD (2006)018.
- Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste 2015: *Regelungen zum Ausschluss des Wahlrechts*, WD 3-3000-132/15, Berlin.
- Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste 2016: *Teilnahme von Ausländern an Volksabstimmungen*, WD 3-3000-258/14, Berlin.
- Deutsches Institut für Menschenrechte 2016: *Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland Januar 2015 – Juni 2016. Bericht an den Deutschen Bundestag gemäß §2 Absatz V DIMRG*, Berlin: DIMR.
- Ewald, Alec C./Rottinghaus, Brandon (eds.) 2009: *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, Cambridge: CUP.
- European Court of Human Rights 2016: *Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Right to free elections*, Strasbourg: ECHR.
- EU 2016: *Handbook for European Union Election Observation*, third edition, Brussels: eds.
- Forum Menschenrechte 2017: *Forderungskatalog zur Wahl des Deutschen Bundestages September 2017*, Berlin: Forum Menschenrechte.
- Foster, Steve 2009: Reluctantly Restoring Rights: Responding to the Prisoner's Right to Vote, in: *Human Rights Law Review* 9, 3, 489-507.
- FRA (European Agency for Fundamental Rights) 2010: *Das Recht von Menschen mit psychischen Gesundheitsproblemen und Menschen mit geistiger Behinderung auf politische Teilhabe*, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.
- Funke, Andreas 2016: Zuwanderung – Normen, Zahlen, Einzelfall, in: Neuhaus, Helmut (Hrsg.): *Zuwanderung nach Deutschland*. Axtelsberger Gespräche 2015, Erlangen/Nürnberg: FAU, 53-76.
- Goppel, Anna 2017: Aufenthaltsdauer und Wahlrecht, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 102, H. 1, 23-41.
- Hurrelmann, Klaus 2013: Wahlalter 16? „Nichts ist aktivierender als die Aktivität selbst“. D&E Interview mit Prof. Dr. Klaus Hurrelmann zum „Wahlalter mit 16“, in: *Deutschland & Europa*, Heft 65, Stuttgart: lpb, 54-57.
- Krennerich, Michael 1999: Wahlen in Lateinamerika: eine demokratische Routine, *Brennpunkt Lateinamerika*, Nr. 18, Hamburg: Institut für Iberoamerika-Kunde.
- Krennerich, Michael 2009: Frauen ins Parlament! Wahlsysteme und Frauenquoten im Fokus, in: *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg. 3, Nr. 1, 54-78.
- Krennerich, Michael 2013: Wer darf wie wählen? Standards und Kuriositäten in den Ländern des Europarates, in: Brummer, Klaus/Pehle, Heinrich (Hrsg.): *Analysen nationaler und supranationaler Politik*, Opladen u. a.: Verlag Barbara Budrich, 371-382.
- Lang, Heinrich/Kampmeier, Anke S./Schmalenbach, Kirsten/Strohmeier, Gerd, Mühlig, Stephan

- 2016: *Studie zum aktiven und passiven Wahlrecht von Menschen mit Behinderung*, Berlin: Bundesministerium für Arbeit und Soziales.
- Leonhard, Bettina 2017: *Studie zum Wahlrecht von Menschen mit Behinderung und Stand des Wahlprüfungsverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht*. Fachbeitrag D16-2017, abrufbar unter www.rha-recht.de, 04.05.2017.
- Mauer, Marc 2011: Voting Behind Bars: An Argument for Voting by Prisoners, in: *Howard Law Journal* 54, 3, 549-566.
- Nohlen, Dieter/ Krennerich, Michael/ Thibaut, Bernhard (eds.) 1999: *Elections in Africa*, Oxford: OUP.
- OAS 2007: *Methods for Election Observation: OAS Electoral Observation Missions*, Washington D.C.
- Oelbermann, Jan 2011: *Wahlrecht und Strafe. Die Wahl aus dem Justizvollzug und die Aberkennung des Wahlrechts durch das Strafgericht*, Baden-Baden: Nomos.
- Oelbermann, Jan 2015: Ehrenrecht und Wahlrechtsentzug, in: *Freispruch*, Heft 6, Februar; www.strafverteidigervereinigungen.org/freispruch/texte/oelbermann_h6_chrenrecht_prn.html
- OSCE/ODIHR 2010: *Election Observation Handbook*, Sixth edition. Warschau: Poligrafus Andrzej Adamiak.
- Palleit, Leander 2011: *Gleiches Wahlrecht für alle? Menschen mit Behinderungen und das Wahlrecht in Deutschland*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- Reilly, Alexander/Torresi, Tiziana 2016: Voting Rights of Permant Residents, in: *UNSW Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 401-420.
- Schreiber, Wolfgang 2013: *BWahlG, Kommentar zum Bundeswahlgesetz*, 9. Auflage. Köln: Heymann.
- Simson Carid, Jack 2016: *Prisoners' voting rights. Developments since May 2015*, Briefing Paper CBP 7461, London: House of Commons, Library.
- Uggen, Christopher/Larson, Ryan/Shannon, Sarah 2016: *6 Million Lost Voters: State-Level Estimates of Felony Disenfranchisement, 2016*, Washington D.C.: The Sentencing Project, abrufbar unter: www.sentencingproject.org
- Walter, Christian 2013: Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, in: *Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL)* 72, Berlin/Bosten: de Gryuter, 7-44.
- Vehrkamp, Robert/Im Winkel, Niklas, Konzelmann, Laura 2015: *Wählen ab 16. Ein Beitrag zur nachhaltigen Steigerung der Wahlbeteiligung*, Gütersloh: Bertelsmann-Stiftung.
- Ziegler, Ruvi 2017: *Voting Rights of Refugees*, Cambridge: CUP.



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

Politische Bildung

Sabrina Keit

Leitbild Aktivbürger

**Was schulische politische
Bildung erreichen kann**

Die schulische politische Bildung in Nordrhein-Westfalen war jahrzehntelang vom Leitbild des kritischen „Aktivbürgers“ geprägt, von dem ein geradezu proaktives Engagement für das Gelingen der demokratischen Gesellschaft erwartet wurde. Erst zur Jahrtausendwende wurde es von einem Bild des Schülers als zukünftigem Bürger abgelöst, der über die notwendigen Kompetenzen verfügt, sich politisch zu engagieren, von dem dies aber nicht mehr wie selbstverständlich erwartet wird.

Die vorliegende Fallstudie leuchtet die Entstehungskontexte des Leitbilds „Aktivbürger“ aus und untersucht Kontinuität und Wandel der Erwartungen an Individuum und Gesellschaft, die mit diesem Leitbild jeweils verbunden sind.

Dr. **Sabrina Keit** studierte Politikwissenschaft, Neueste Geschichte und Neuere Deutsche Literatur- und Medienwissenschaften in Kiel. Sie hat als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Kiel und später am Georg-Eckert-Institut/Leibniz-Institut für internationale Schulbuchforschung (GEI) in Braunschweig gearbeitet. Nach der Promotion an der Universität Halle-Wittenberg 2016 folgte der Wechsel ins Wissenschaftsmanagement.



ISBN 978-3-7344-0410-8
320 S., € 36,90

E-Book: 978-3-7344-0411-5 (PDF),
€ 29,99

www.wochenschau-verlag.de



[www.facebook.com/
wochenschau.verlag](https://www.facebook.com/wochenschau.verlag)



@wochenschau-ver

Anna Lübbe

Flüchtlingspolitik in der Krise: Unilaterale und kooperative Obergrenzen¹

1. Allokationskonflikt

Die sogenannte Flüchtlingskrise ist eine Krise der europäischen und globalen Allokation von Flüchtlingsverantwortung. Der Verantwortungsteilungskonflikt ist Jahrzehnte alt, und in Zeiten steigenden Flüchtlingsaufkommens tendiert er dazu, in unilateralen Abwehrmaßnahmen zu eskalieren (Hathaway/Gammeltoft-Hansen 2015, Hurwitz, 2009, AI 2015a). Es kommt vermehrt zu Menschenrechtsverletzungen im Umgang mit Schutzsuchenden, zu Verstößen gegen das Verbot der Zurückweisung in Verfolgerstaaten (Refoulement-Verbot), zu unverhältnismäßigen Inhaftierungen, Versorgungsmissständen und *in orbit*²-Situationen. Aufnahme- und Verfahrensstandards werden gesenkt und Forderungen nach einer Abschaffung des Kernelements des klassischen Flüchtlingsschutzes – der Verpflichtung, ohne substanzielles Prüfverfahren keinen Schutzsuchenden Menschen abzuweisen – greifen um sich.³ Der Allokationskonflikt wird so auf dem Rücken der Schutzsuchenden ausgetragen, und die Belastungen der Staaten resultieren krass ungleich (UNHCR 2016a: 10, 15, 18).

Nachdem das europäische Allokationsregime unter dem Druck der Krise zunächst zu zerfallen drohte, wird derzeit um eine Reform gerungen. Die EU-Kommission hat im Mai 2016 einen Reformentwurf für die Dublin-Verordnung⁴ sowie weitere Reformpakete⁵ vorgelegt. Bestandteil der beabsichtigten Reform ist neben starren

1 Der Beitrag geht auf Vorträge der Autorin im Jahr 2016 zurück, sowie teilweise auf eine Expertise für das Jahresgutachten 2017 des Sachverständigenrates deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR), die die Autorin im August 2016 im Auftrag des SVR erstellt hat (Lübbe 2017a). Die Bearbeitung dieses Beitrags wurde im Dezember 2016 abgeschlossen.

2 Als „in orbit“ bezeichnet man einen Flüchtling, der nirgends Zugang zu Asylverfahren und Statusgewährung findet.

3 Ungarn kann in der aktuellen Krise als derjenige Dublin-Staat gelten, der vor Menschenrechtsverletzungen am wenigsten zurückschreckt, vgl. AI 2015b.

4 COM(2016) 270 final. Für erste Bewertungen s. Peers 2016a, Hruschka 2016, Maiani 2016.

5 S. insbes. die Pressemitteilungen der EU-Kommission zu Asylverfahren, Anerkennung und Aufnahme, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2433_en.htm, Stand: 7. Dezember 2016, zu Migrationspartnerschaften, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2072_en.htm, Stand: 7. Dezember 2016, und zum Resettlement, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_en.htm, Stand: 7. Dezember 2016, jeweils m.w.Nw. zu den Regelungsentwürfen.

Dublin-Zuständigkeiten und dem Versuch, irreguläre Weiterwanderungen durch Sanktionen zu verhindern, ein innereuropäischer Lastenteilungsmechanismus, der automatisch einsetzt, wenn ein Mitgliedstaat gemessen an einem relativen Soll, das sich an Bevölkerungszahl und Wirtschaftskraft orientiert, über 150 % Anträge zu verzeichnen hat.⁶ Ein zentrales Element der sich abzeichnenden, neuen europäischen Asylstrategie ist die Idee, Europa insgesamt zu entlasten, indem Schutzgesuche auf der Grundlage von Migrationspartnerschaften nach Art des EU/Türkei-Agreements an außereuropäische Transitstaaten zurückverwiesen werden.⁷ Inwieweit sich die Reformvorschläge durchsetzen lassen werden, ist ungewiss. Insofern behält auch das Thema unilateral definierter Obergrenzen Konjunktur.

Im Folgenden seien zunächst einige teils menschenrechtlich verankerte Prinzipien vorgestellt, von denen ein System der Zuordnung von Schutzsuchenden zu Schutzstaaten sich leiten lassen sollte. Auf dieser Basis werden dann die Strategien der unilateralen Entlastung von Schutzgesuchen durch die Festlegung nationaler Obergrenzen sowie der gesamteuropäischen Entlastung durch Rückführung Schutzsuchender an außereuropäische Transitstaaten diskutiert und bewertet.

2. Allokationsprinzipien

Idealerweise wäre die Zuordnung von Schutzsuchenden zu Schutzstaaten human, solidarisch und effizient. Das sind Gebote der Moral und der politischen Vernunft, die zum Teil auch menschenrechtlich verankert sind. Stärker ausdifferenziert ergeben sich die nachfolgenden Zuordnungsprinzipien (Lübbe 2015a, 2015b), die im Recht auch bereits vielfach angelegt sind. Prinzipien (von Bogdandy 2009: 17 ff., Farahat 2014: 129 ff.) können freilich kollidieren, und dann geht es – unter Wahrung ihrer jeweils rechtlich zwingenden Gehalte – um abwägende Optimierung anstelle maximaler Durchsetzung.

Das *Mindeststandardprinzip* betrifft die Verhältnisse im Zielstaat. Es besagt, dass Schutzsuchende nicht einem Staat zugeordnet werden dürfen, in dem für sie unzumutbare Verhältnisse herrschen; ein Mindestmaß an Menschenrechtsschutz⁸ muss im Zielstaat gewährleistet sein. Ausdruck findet das Prinzip z. B. im Refoulement-Verbot des Art. 3 EMRK. Im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem lag es, durch die anfängliche Fiktion der innerhalb Europas überall menschenrechtsgerechten

6 COM(2016) 270 final, 18 f.; Mitgliedstaaten können sich vorübergehend aus dem Umverteilungsmechanismus ausklinken, wenn sie pro nicht aufgenommener Person 250.000 € zahlen, a.a.O.

7 Nachweise unter 4.1.

8 Zur Frage, weshalb nur „ein Mindestmaß“ und nicht voller Menschenrechtsschutz, s. Lübbe 2017b: sub III.2.

Verhältnisse, lange im Dornröschenschlaf, bis es 2011 durch die Rechtsprechung des EGMR zu Griechenland⁹ wiederauferstanden ist. Primärrechtlich ist es in Art. 4, 18, 19 II EU-Grundrechtecharta (GRCh) verankert.¹⁰

Das *Erreichbarkeitsprinzip* besagt, dass niemand einem Staat zugeordnet werden darf, der für ihn nicht erreichbar ist.¹¹ Das Prinzip dient der Vermeidung des *refugee in orbit*. Primärrechtlich ist es in Art. 18 GRCh i.V.m. Art. 78 AEUV verankert, wonach jedem und jeder Schutzberechtigten ein angemessener Status angeboten werden muss. Neben zeitlich unabsehbaren Aufenthaltsbeendigungs- und Reisehindernissen kann die Erreichbarkeit an der mangelnden Aufnahmebereitschaft des Zielstaates scheitern.

Das *Verbindungsprinzip* besagt, dass Menschen ggf. vorrangig Staaten zugeordnet werden sollten, zu denen sie besondere Verbindungen haben.¹² Primärrechtlich zwingend ist es in den Grenzen des Schutzes des Familien- und Privatlebens, Art. 7 GRCh, und des Kindeswohls, Art. 24 GRCh. Aber auch darüber hinaus wäre eine möglichst verbindungsgerechte Zuordnung nicht nur im Sinne der Humanität, sondern auch im Sinne der Effizienz, weil sie Zuordnungsstreitigkeiten und irreguläre Weiterwanderungen reduziert. Was relevante Sonderverbindungen sind, ist konkretisierungsbedürftig. Neben der Staatsangehörigkeit können darunter vor allem zwischenmenschliche Beziehungen, auch jenseits der Kernfamilie, fallen, eine Erstasylanerkennung, längere Vorfluchtaufenthalte u. a.

Das *Effizienzprinzip* besagt, dass die Zuordnung möglichst rasch geklärt werden sollte. Es kommt in den Dublin-Fristen zum Ausdruck und beherrscht die Dublin-Rechtsprechung des EuGH.¹³ Primärrechtlich verankert ist das allenfalls über einen allgemeinen europäischen Rechtsgrundsatz,¹⁴ es liegt aber jedenfalls im Interesse nicht nur der zuzuordnenden Menschen, sondern auch im integrationspolitischen Interesse der beteiligten Staaten.

Das *Lastenteilungsprinzip*, auch Verantwortungsteilungs- oder Solidaritätsprinzip genannt, besagt, dass bei der Zuordnung von Flüchtlingsverantwortung die Belastung

9 EGMR, NVwZ 2011, 413 (M.S.S.).

10 Weitere Regelungen, in denen das Mindeststandardprinzip zum Ausdruck kommt, sind etwa Art. 33 I GFK, Art. 1 I, 16a GG, Art. 8, 9, 15 RL 2013/33/EU, Art. 3 II 2 VO (EU) Nr. 604/2013, Art. 35 ff RL 2013/32/EU.

11 Vgl. Art. 18 GRCh i.V.m. Art. 78 I 1 AEUV, Art. 3 I, II 3 VO (EU) Nr. 604/2013, Art. 35 I l. Hs., 38 IV, 39 VI RL 2013/32/EU.

12 Vgl. Art. 1 (A) 2 UAbs. 2 GFK, Art. 8-11, 16, 17 VO (EU) Nr. 604/2013, Art. 38 II lit. a RL 2013/32/EU.

13 EuGH, NVwZ 2012, 417 (N.S.), EuGH, NVwZ 2014, 208 (Abdullahi), EuGH, DÖV 2013, 650 (M.A.).

14 Insbesondere ist Art. 41 GRCh nicht einschlägig, vgl. EuGH, DÖV 2015, 162 (Boudjlida).

und Belastbarkeit der beteiligten Staaten berücksichtigt werden sollten. Primärrechtlich ist es in Art. 67 III 1, 80 AEUV verankert.¹⁵ In welchem Umfang Verantwortungsübernahmen nur Belastungen oder auch Bereicherungen mit sich bringen, hängt freilich vom Umgang mit und von Sichtweisen auf Fluchtzuwanderung ab, sowie vom Zeithorizont. Zunächst – und unmittelbar wahrnehmbar und zuschreibbar – dominieren aber die Lasten. Die Verantwortungsteilung muss keine quantitative (personelle Quote), sondern kann auch eine qualitative sein (Verfahren/vorübergehende Lösungen/dauerhafte Lösungen/Finanzierung). Wenn bei unterschiedlichen Kooperationspartnern nicht alle dasselbe beitragen müssen, sondern die Beiträge sich an den je besonderen Ressourcen orientieren können, fördert das Verteilungslösungen jenseits eines Nullsummenspiels.

Bis auf das Lastenteilungsprinzip dienen diese Prinzipien der Bewältigung humanitärer Problemlagen, die bei der freien Asylwahl – soweit sie denn frei möglich ist¹⁶ – weitgehend durch die Betroffenen selbst reguliert werden. Flüchtlinge versuchen, möglichst rasch neu anzukommen (Effizienzprinzip), tendieren dazu, unzumutbare Orte zu vermeiden (Mindeststandardprinzip) und solche Orte anzustreben, denen sie sich besonders verbunden fühlen (Verbindungsprinzip). Können sie einen bestimmten Ort nicht erreichen, suchen sie ihren Schutz notfalls woanders (Erreichbarkeitsprinzip). Je mehr die Zuordnung von Schutzsuchenden zu Staaten mit Zwang verbunden ist, desto aufwändiger wird die Bewältigung dieser Problemlagen, bzw. desto inhumaner wird das Zuordnungssystem, wenn es die Prinzipien ignoriert.

3. Unilaterale Obergrenzen

Legt man die genannten Prinzipien als Bewertungsmaßstab an, scheitert die Strategie der unilateralen Entlastung durch die prüfungslose Abweisung von Schutzgesuchen jenseits national definierter Obergrenzen jedenfalls – auch dann, wenn der Antragsstaat von sicheren Staaten umgeben ist – bereits am Erreichbarkeitsprinzip. Danach setzt jede Abweisung eines bei einem Mitgliedstaat, einschließlich im Transit oder an der Grenze,¹⁷ gestellten Schutzantrags eine Klärung der Frage voraus, wo die betroffene Person stattdessen ausreichenden Schutz finden kann. Fehlt es an einem aufnahmebereiten und -tauglichen anderen Schutzstaat, ist Schutz im Inland zu gewähren. Das

¹⁵ Vgl. auch die GFK-Präambel, EG 4.

¹⁶ Der Zugang zum Wunschasyllstaat hängt auch von Reisefähigkeit, Ressourcen und Transitrechten ab.

¹⁷ Vgl. Art. 3 I 1 VO (EU) Nr. 604/2013.

gilt auch dann, wenn der Antrag nicht in dem nach Maßgabe der Dublin-Kriterien zuständigen Staat gestellt wurde.

Stellt z. B. eine Person mit Ersteintritt in Griechenland bei deutschen Behörden einen Asylantrag, so kann Deutschland sie nicht darauf verweisen, Schutz im Nachbarstaat, etwa in Österreich, zu suchen. Deutschland ist dann zuständig für das Dublin-Verfahren, also für die Klärung der Asylzuständigkeitsfrage (Lübbe 2016). In aller Regel wird sich nicht Österreich, sondern Griechenland qua Ersteintritt als asylzuständiger Dublin-Staat herausstellen. Nach Griechenland kann man Schutzsuchende wegen des problematischen Zustands des griechischen Asylsystems bis auf weiteres nicht überstellen.¹⁸ Österreich wird die Schutzsuchende Person nicht übernehmen – es ist nicht zuständig. Für den Fall Schutzsuchender, für die der Antragsstaat zwar nicht primär zuständig ist, die aber nirgends anders hingeschickt werden können, sieht das Europäische Asylsystem vor, dass die Flüchtlingsverantwortung an den Staat fällt, in dem die Schutzsuchende Person ihren Schutzantrag gestellt hat,¹⁹ im genannten Fall also Deutschland.

Und selbst wenn im Einzelfall ein anderer Dublin-Staat zuständig *und* übernahmefähig *und* übernahmebereit sein sollte: Mindestens ob all das der Fall ist, muss geprüft werden,²⁰ unabhängig davon, ob es sich um ein Schutzgesuch unterhalb oder oberhalb einer unilateral gesetzten Obergrenze handelt. Zu den Rechten, die bei ungeprüften Zurückweisungen verletzt werden bzw. werden können, gehören neben dem Verbot der Abschiebung in Verfolgung, einschließlich Kettenabschiebung, das notstandsfeste Verbot des Refoulements in unenschliche oder erniedrigende Behandlung,²¹ das Recht auf effektiven Rechtsschutz²² und das Verbot der Kollektivausweisung²³ (DIMR 2015, Deutscher Bundestag 2015, Oberwexer/Funk 2016).

Besteht, eine solche Prüfung einmal vorausgesetzt, für Schutzgesuche, die einem Mitgliedstaat kein anderer Dublin-Staat abnimmt, die Möglichkeit, sie jenseits selbst definierter Quanten an außereuropäische Drittstaaten wegzuverweisen? Der ehemalige Präsident des BVerfG Hans-Jürgen Papier hat auf dem Höhepunkt der Krise beklagt, Deutschland habe seine Möglichkeiten, Schutzsuchende auf andere Schutzstaaten zu

18 EuGH, NVwZ 2012, 417 (N.S.), EGMR, NVwZ 2011, 413 (M.S.S.) – Mindeststandardprinzip. Für nicht-vulnerable Personen hat die EU-Kommission Ende 2016 empfohlen, ab März 2017 Rückführungen wieder aufzunehmen, sofern Griechenland im Einzelfall zusichert, die Anforderungen der Aufnahmerichtlinie einzuhalten.

19 Art. 3 II 1 VO (EU) Nr. 604/2013 – Erreichbarkeitsprinzip.

20 EuGH, NVwZ 2012, 417 (N.S.), EGMR, NVwZ 2011, 413 (M.S.S.).

21 Art. 3 EMRK, Art. 4, 19 II GRCh.

22 Art. 47 GRCh, Art. 13 EMRK.

23 Art. 19 I GRCh, Art. 4 4. ZP/EMRK.

verweisen, bislang zu sehr vernachlässigt. Schutzsuchende aus türkischen Flüchtlingslagern etwa brauche man nicht als Flüchtlinge anzuerkennen, die seien bereits in der Türkei sicher gewesen (Papier 2016). Auch Abschiebungen in außereuropäische Staaten setzen allerdings deren Übernahmereitschaft voraus. Und die außereuropäischen Transitstaaten werden sich hüten, Dublin-Staaten, die im Alleingang Obergrenzen definieren, Schutzsuchende jenseits dieser Grenzen abzunehmen. So etwas setzt Kooperationsabsprachen voraus, die allenfalls gesamteuropäisch zu erzielen sind.²⁴

Kann der betreffende Mitgliedstaat solchen Schutzsuchenden wenigstens das Asylverfahren und die Flüchtlingsanerkennung versagen? Papier meint, wer schon in einem Drittstaat sicher gewesen sei, den brauche man in Deutschland nicht als Flüchtling anzuerkennen. Offenbar hatte er noch die nicht europarechtlich überformte Rechtslage nach Art. 16a GG vor Augen. Europarechtlich gilt aber das Erreichbarkeitsprinzip: Ist der außereuropäische Drittstaat nicht übernahmebereit, hat der Antragsstaat den Zugang zu einem Asylverfahren sicherzustellen.²⁵ Und in diesem Asylverfahren muss der Betroffene ggf. unabhängig davon anerkannt werden, ob er über einen sicheren Drittstaat eingereist ist oder nicht. Das folgt aus der Definition der Schutzberechtigung. Danach kommt es nicht darauf an, wie die Lage in einem als Schutzalternative in Betracht kommenden Drittstaat aussieht, sondern was dem Betroffenen bei Rückführung in seinen Heimatstaat erwarten würde.²⁶

Gibt es also für einen überlasteten Dublin-Staat gar keine Abgrenzungsmöglichkeiten? Einschlägig ist eigentlich die älteste Richtlinie des Europäischen Asylsystems, die Massenzustromrichtlinie²⁷ (Schmidt 2015). Darin ist eine solidarische Verteilung vorgesehen; allerdings bedarf es dazu eines Ratsbeschlusses, der feststellt, dass ein Massenzustrom-Fall vorliegt. Die Richtlinie muss also erst aktiviert werden. Die dafür erforderlichen Mehrheiten sind 2015 nicht zustande gekommen. Im Herbst 2015 ist ein anderer Mechanismus aktiviert worden, die Notfallklausel nach Art. 78 III AEUV, auf deren Grundlage die innereuropäische Umverteilung eines Quantums von insgesamt 160.000 Personen zugunsten von Italien und Griechenland beschlossen wurde. Die Umsetzung des Beschlusses kommt bis heute nur sehr zäh voran und wird von einigen Mitgliedstaaten ganz verweigert.²⁸

24 Dazu näher unter 4.

25 Art. 38 IV RL 2013/32/EU.

26 Art. 2 lit. d RL 2013/33/EU.

27 RL 2001/55/EG.

28 Zum Stand EU-Kommission, Member States' Support to Emergency Relocation Mechanism, 2. Dezember 2016, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/press-material/docs/state_of_play_-_relocation_en.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.

Wie mit Überforderungen einzelner Mitgliedstaaten umzugehen ist, war bereits vor der letzten Dublin-Reform Thema, die 2013 beschlossen wurde. Damals hat man eine Regelung diskutiert, wonach die Aufnahmepflichten überforderter Dublin-Mitglieder vorübergehend ausgesetzt werden können. Das ist aber nicht Gesetz geworden, ebenso wenig wie irgendein anderer der bereits damals diskutierten Reformvorschläge für die innereuropäische Lastenteilung (Angenendt 2013, Bast 2014, Bendel 2014, Lübke 2015b, Pro Asyl u. a. 2013). Stattdessen kam es zu einer äußerst bürokratisch anmutenden Regelung über Pflichten des überforderten Staates, allerlei Aktionspläne und Fortschrittsberichte abzuliefern,²⁹ die nie zur Anwendung kam.

Entlastung können überforderte Mitgliedstaaten also bisher nur auf prekären Wegen finden: Indem sie das System durch Nicht-Registrierung und „Weiterwinken“ der Ankommenden boykottieren; indem sie Asylsuchenden derart miserable Zustände bieten, dass deren Rücküberstellung aus menschenrechtlichen Gründen gerichtlich verboten wird; und indem sie europa- und menschenrechtswidrig ihre Grenzen schließen. Das ist ein Armutszeugnis für die europäische Solidarität, und zwar eines, für das Deutschland mitverantwortlich ist (Bendiek/Neyer 2016: 4). Bis das vom Konzept her Deutschland wegen seiner geographischen Lage massiv begünstigende Dublin-System zusammengebrochen ist, gehörte Deutschland zu den reformunwilligen Mitgliedstaaten, auch noch bei der letzten, 2014 in Kraft getretenen Dublin-Reform. Dass andere Staaten sich gegen den jetzt von der EU-Kommission vorgeschlagenen Lastenteilungsmechanismus sperrig zeigen, hat neben innenpolitischen Gründen auch mit dem Widerstand gegen Partner_innen zu tun, die den gemeinsamen Kurs je nach ihren Interessenlagen dominieren wollen.

Wenn Mitgliedstaaten in dieser Lage auf nationale Obergrenzen setzen, kollidiert das auch mit dem Verbindungs- und dem Lastenteilungsprinzip. Obergrenzen nehmen keine Rücksicht auf Sonderverbindungen und schieben die Flüchtlingsverantwortung tendenziell denjenigen Staaten zu, die fluchtquellnäher liegen und sich aufwändige Abgrenzungsmaßnahmen nicht leisten können. Unilaterale Entlastungsversuche lassen den Allokationskonflikt eskalieren und tragen ihn auf dem Rücken der Schutzsuchenden aus. Wenn wir in Europa in einen solchen Wettbewerb eintreten, geben wir – einmal abgesehen von den Folgen, die das für Schengen und den Bestand der EU überhaupt haben kann – eine zentrale Idee des Europäischen Asylsystems auf: dass jedem Schutzsuchenden Zugang zu einem angemessenen Verfahren und ggf. Status zu gewähren ist. „Hier ist das Boot voll“ als Antwort auf einen Schutzantrag, ohne die

29 Art. 33 VO (EU) Nr. 604/2013.

Frage zu beantworten, in welchem Boot denn noch Platz ist, das lässt das Europäische Asylsystem nicht zu.

4. Kooperative Obergrenzen

4.1 MIGRATIONSPARTNERSCHAFTEN

Insofern hat die deutsche Bundeskanzlerin sich unter der Krise zu Recht gegen kompetitive Alleingänge ausgesprochen und eine europäische Lösung angestrebt. Bestandteil der geplanten GEAS-Reform ist die Idee, Europa insgesamt zu entlasten, indem irregulär angekommene Schutzsuchende möglichst an außereuropäische Migrationspartnerstaaten, über die sie eingereist sind, zurückverwiesen werden. Die Partnerstaaten sollen auch verstärkt dazu beitragen, dass auf irregulären Wegen möglichst niemand mehr nach Europa gelangt. Der Aufbau tauglicher Asylsysteme vor Ort soll von Europa aus finanziell unterstützt werden. Das Resettlement, also die Aufnahme von Flüchtlingskontingenten aus dem außereuropäischen Ausland, soll ausgebaut, aber künftig von der Bereitschaft zu solchen Kooperationen abhängig gemacht werden.³⁰ Bei der für diese Strategie zentralen Rückverweisungsidee geht es nicht um die Rückführung von Personen, deren Antrag inhaltlich geprüft und abgelehnt wurde. Vielmehr sollen die Schutzsuchenden mit ihrem inhaltlich ungeprüften Gesuch an den außereuropäischen Migrationspartnerstaat zurückgeführt und die Verantwortung für das Schutzgesuch soll dort übernommen werden.³¹

Einmal angenommen, das ließe sich für alle wesentlichen Zugangsrouten so realisieren, liefе das für Europa auf eine Art Obergrenze hinaus – in Höhe der von den Mitgliedstaaten insgesamt kontrolliert aufgenommenen Resettlement-Kontingente –, die ich im Unterschied zu Obergrenzen im nationalen Alleingang „kooperative Obergrenze“ nennen möchte. Sie funktioniert nicht mit Grenzzäunen, Wasserwerfern und Tränengasen – jedenfalls nicht *innerhalb* Europas, wie sich die Praktiken in den kooperierenden, außereuropäischen Staaten entwickeln, ist eine andere Frage –, sondern mit *hotspot*-Lagern, Schnellverfahren und Rückführungen. Kernelement dieser Strategie ist es, die bisher optionalen Verweisungskonzepte der Asylverfahrensrichtlinie – sicherer Drittstaat und erster Asylstaat – zu aktivieren, indem ihre Nutzung verbind-

30 Vgl. die Presseerklärung der EU-Kommission vom 13. Juli 2016 zum Resettlement, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_en.htm, Stand: 7. Dezember 2016. Das Resettlement bleibt allerdings freiwillig, immerhin sollen ggf. aufgenommene Personen auf den Lastenteilungsmechanismus angerechnet werden.

31 COM(2016) 270 final, 15.

lich gemacht wird.³² Bevor ich das bewerte, sei zunächst auf Kontingentaufnahmen als solche eingegangen, also ohne Kombination mit einer „kooperative Obergrenzen“-Strategie.

4.2 KONTINGENTAUFNAHMEN

Für Kontingentaufnahmen an und für sich spricht viel. Zuallererst der Umstand, dass es sich hier um einen legalen Zugangsweg handelt, der den jeweils Ausgewählten lebensgefährliche Fluchtwege unter Inanspruchnahme von sogenannten Schlepper_innen erspart. Wenn solche Wege in relevantem Ausmaß zur Verfügung stünden, würde gewiss auch mancher Flüchtling, der zunächst nicht ausgewählt wurde, eher noch auf seine Chance warten, als es auf irregulärem Weg zu versuchen. Dadurch ließe sich das Migrationsgeschehen in ruhigere Bahnen lenken, anstelle von Wellen, die möglicherweise nicht nur auf akut schwankenden Schutzbedarfen sondern auch auf selbstverstärkenden Mechanismen beruhen³³ und grundsätzlich vorhandene Aufnahmekapazitäten überlasten und -bereitschaften kippen lassen können.

Kontingentaufnahmen eröffnen weiter gerade auch jenen eine Perspektive, die besonders dringend eine brauchen, weil sie es nicht aus eigener Kraft an einen für sie erträglichen Schutzort schaffen. Drittens würden Kontingentaufnahmen vermeiden, dass durch die Flucht Familien zerrissen werden, denn diese würde man als Ganze aufnehmen. In der Konsequenz müssten die Aufnahmestaaten nicht befürchten, dass sich die Aufnahmezahlen im Anschluss durch den Familiennachzug multiplizieren. Schließlich wären Kontingentaufnahmen als Ausbau des *Resettlement*-Ansatzes Kristallisationskeim für eine lastenteiligere globale Asylkooperation.

Es ist aber problematisch, das von der Rücknahme von Personen abhängig zu machen, die jenseits der Kontingente nach Europa durchgedrungen sind. Einmal abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten eines derartigen Rückverweisungsregimes, das sich ja schon innerhalb des Dublin-Raumes als nicht effizient durchsetzbar erwiesen hat (Lübbe2017b: sub I.), setzen Rückführungen Schutzsuchender in außereuropäische Drittstaaten mehr voraus als deren Übernahmbereitschaft. Sie sind auch im Hinblick auf das Mindeststandardprinzip, das Verbindungsprinzip und das Lastenteilungsprinzip bedenklich.

32 A.a.O.

33 2015/16 könnte neben durch Netzwerke katalysierten Migrationsketten u. a. eine über die Medien vermittelte Kreuzkatalyse Steigende Zuwanderung erzeugt Torschlussstimmung, Torschlussstimmung erzeugt steigende Zuwanderung („jetzt oder nie“) eine Rolle gespielt haben. Zu Faktoren für die Zielstaatswahl s. Scholz 2013.

4.3 RÜCKFÜHRUNG IN AUSSEREUROPÄISCHE TRANSITSTAATEN

Das europäische Asylrecht³⁴ unterscheidet als Wegverweisungskonzepte den sicheren Drittstaat und den ersten Asylstaat; ferner den sicheren europäischen Drittstaat, ein Konzept, das bisher mangels Erstellung einer europäischen Liste nicht zur Anwendung gekommen ist. Zu den Voraussetzungen aller Verweisungsarten gehört neben der Übernahmbereitschaft des Zielstaates, dass dem Betroffenen dort tatsächlich ausreichender Schutz gewährt wird. Was hier über den Schutz vor Verfolgung und Weiter-schiebung in Verfolgung hinaus genau erforderlich ist, ist nicht ganz klar (dazu UN-HCR 2016b: 2 ff.). Jedenfalls muss gewährleistet sein, dass Betroffene im Zielstaat vor unmenschlichen und erniedrigenden Behandlungen sicher sind. Dabei ist speziell auch die Aufnahme- und Versorgungslage für Asylbewerber_innen zu prüfen,³⁵ besonders dann, wenn Kinder betroffen sind.³⁶ Bei alledem muss jedem und jeder einzelnen Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden, die Tauglichkeit des Zielstaates für seinen bzw. ihren speziellen Fall anzufechten und in einem effektiven Rechtsschutz-verfahren überprüfen zu lassen. Unwiderlegliche Sicherheitsvermutungen, kollektive Rückführungen und Rückführungen ohne Gelegenheit zu einem Rechtsschutzverfahren sind menschenrechtswidrig.³⁷

Angesichts dessen bestehen gegen das Zurückreichen von Schutzsuchenden z. B. an die Türkei massive Bedenken. Die Türkei hat die GFK mit einem geographischen Vorbehalt ratifiziert, sodass Flüchtlinge, die nicht aus Europa kommen, nicht als Kon-ventionsflüchtlinge anerkennungsfähig sind. Seit 2013 hat die Türkei immerhin ein Asylgesetz, das gewisse Schutzstatus auch für nicht-europäische Flüchtlinge vorsieht. Und für Syrer_innen gibt es seit 2014 einen besonderen Schutzstatus, der als tempo-rärer aber keine Integrationsperspektive eröffnet. Problematisch sind insbesondere der effektive Zugang zu Schulbildung für Kinder und der Zugang zum Arbeitsmarkt. Teilweise hat die Türkei zwar Zugeständnisse gemacht, umgesetzt ist das jedoch noch nicht. Nach Berichten von Nichtregierungsorganisationen finden seit den Absprachen mit der EU in der Türkei verstärkt Menschenrechtsverletzungen an Flüchtlingen statt, von willkürlichen Inhaftierungen und Misshandlungen über den Druck, nicht über-setzte Ausreisebereitschaftsformulare zu unterzeichnen, bis hin zu Refoulement-Ver-

34 Art. 35 ff RL 2013/32/EU.

35 EGMR, NVwZ 2011, 413 (M.S.S.).

36 EGMR, NVwZ 2015, 127 (Tarakhel).

37 EuGH, NVwZ 2012, 417 (N.S.), EGMR, NVwZ 2011, 413 (M.S.S.), EGMR, NLMR 2014, 433 (Sharifi).

stößen (AI 2015c). Nach bisherigen Einschätzungen wird die Türkei deshalb nicht als hinreichend sicherer Staat eingeordnet (Peers 2016b, Marx 2016, DCR/ECRE 2016).³⁸

Aber selbst wenn die Sicherheitsfrage nicht zweifelhaft wäre: Für Verweisungen auf sichere Drittstaaten hat die Asylverfahrensrichtlinie noch eine weitere Hürde errichtet: Es muss eine Verbindung zwischen dem/der Betroffenen und dem Zielstaat bestehen, „sodass es aufgrund dieser Verbindung vernünftig erscheint, dass diese Person sich in diesen Staat begibt“.³⁹ Darin findet der Gedanke Ausdruck, dass die Allokation von Flüchtlingsverantwortung nicht nur eine Frage der Interessen von Staaten und der zwischen ihnen getroffenen Allokationsabsprachen ist, sondern auch eine Frage von Verbindungen zwischen Staaten und Schutzsuchenden. Bestandteil des GEAS-Reformpaketes ist es auch, diese Klausel zu ändern. Die Asylverfahrensrichtlinie soll zu einer Verordnung werden, in deren Entwurf der bloße Transit selbst als eine Sonderverbindung definiert wird, welche die vorrangige Zuordnung zum Transitstaat rechtfertigt⁴⁰ – eine offenkundige Fehlkonkretisierung dessen, was „vernünftig erscheint“. Die Klausel hat etwas mit nachvollziehbaren Sonderverbindungen von Schutzsuchenden zu bestimmten Staaten zu tun, nicht umsonst ist sie individualschützend ausgestaltet.⁴¹ Solche Verbindungen werden nicht durch jede Gebietsberührung begründet. Es erscheint angesichts dessen keineswegs vernünftig, dass alle auf der Türkeiiroute irregulär nach Europa durchgedrungenen Antragsteller_innen sich in die Türkei zurückbegeben, um dort Asyl zu beantragen. Und unter Umständen menschenrechtswidrig ist es bei Personen, die familiäre Sonderverbindungen in Europa haben (Lübbe 2017c: sub 4.).

Die geplanten Migrationspartnerschaften sind schließlich auch im Hinblick auf das Lastenteilungsprinzip bedenklich. Aufnahmen Schutzbedürftiger aus dem Ausland sind an und für sich ein Kristallisationskeim für mehr globale Verteilungsgerechtigkeit.⁴² Die Idee des *sharing responsibilities* wäre aber zum *shifting responsibilities* pervertiert, würde das Resettlement künftig davon abhängig gemacht, dass die begünstigten Staaten in großem Stil irregulär zugewanderte Schutzsuchende zurücknehmen. Es ist nicht der Sinn des Resettlements, „kooperative Obergrenzen“ für hochentwickelte Staaten und Regionen durchzusetzen. Insbesondere Rückführungen an die

38 Erste Gerichtsentscheidungen gegen Rückverweisungen an die Türkei von Griechenland aus liegen laut Pro Asyl vor, <https://www.proasyl.de/news/eu-tuerkei-deal-berufungsinstanz-stoppt-abschiebungen-in-die-tuerkei/>, Stand: 7. Dezember 2016); zur Lage in der Türkei auch Pro Asyl 2016, ECRE 2015.

39 Art. 38 II lit. a RL 2013/32/EU – Verbindungsprinzip.

40 COM(2016) 467 final, Art. 45 IV lit. a.

41 Art. 38 II lit. c S. 2 RL 2013/32/EU.

42 S. zu den meistbelasteten Aufnahmestaaten UNHCR 2016: 10, 15, 18; zur syrischen Flüchtlingskrise und der Lage insbesondere in Jordanien und im Libanon AI 2015a: 9 ff.

Türkei erscheinen angesichts deren hoher Belastung im Hinblick auf Verantwortungsteilung derzeit unvertretbar (Seufert 2015). Wie überhaupt jedes Obergrenzen-Konzept,⁴³ ob unilateral oder regional und ob kooperativ oder nicht, die Frage aufwirft, wer denn, wenn das alle so machten, die Flüchtlingsverantwortung für die Menschen übernehmen soll, die ggf. die kumulierten Obergrenzen übersteigen.

5. Fazit

Eine kooperative Lösung für das Allokationsproblem ist unabdingbar, wenn der Dublin-Raum nicht in einem eskalierenden Abgrenzungswettbewerb ins Inhumane zerfallen soll. Insofern ist es schade, dass der Lösungsversuch der EU-Kommission nicht positiver bewertet werden kann. Die zentrale Idee der vorgeschlagenen Reformen, die zwingende, vorrangige, verbindungsrücksichtslose Rückverweisung irregulär eingereister Schutzsuchender an außereuropäische Transitstaaten, stellt sich als Steigerung der das europäische Asylregime ohnehin prägenden Bemühungen dar, den inneren Allokationskonflikt zu Lasten des außereuropäischen Auslands zu lösen. Das ist keine nachhaltige Strategie und verweist auf die Notwendigkeit, Flüchtlingsverantwortsallokation global zu denken. Ansätze dazu (näher Lübbe 2017a: sub C.II.5.) sind leider gerade erst, im September 2016 auf dem UN-Gipfel in New York, wieder auf die lange Bank geschoben worden. Das Ziel muss aber bleiben, die enormen Ressourcen, die derzeit in den kompetitiven Umgang mit Zwangsmigration fehlinvestiert sind, umzuleiten in ein System, das die Genfer Konvention proaktiver ins Werk setzt. Verbindlicher Ausbau des Resettlement, qualitative Lastenteilungskonzepte, Matching-Systeme, ein zentral aktivierbarer, verlässlicher Überlastungsschutzmechanismus, Anreize statt Zwang und Sanktionen – das könnten Schritte in die richtige Richtung sein.

Literatur

- AI 2015a: The Global Refugee Crisis. A Conspiracy of Neglect, <https://www.amnesty.org/en/documents/pol40/1796/2015/en/>, Stand: 7. Dezember 2016.
- AI 2015b: Fenced Out: Hungary's Violations of the Rights of Refugees and Migrants, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur27/2614/2015/en/>, Stand: 7. Dezember 2016.
- AI 2015c: Europe's Gatekeeper. Unlawful detention and deportation of refugees from Turkey, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3022/2015/en/>, Stand: 7. Dezember 2016.

⁴³ Verstanden als Festlegung auf ein fixes Quantum maximal aufzunehmender Personen ohne Rücksicht auf die insgesamt zu verteilende Verantwortung und andernorts bestehende Kapazitäten. Anders sieht es mit vorübergehenden Aufnahme-Stopps auf der Basis von Kooperationen aus, die solche Rücksichten nehmen.

- Angenendt, Steffen/Engler, Marcus/Schneider, Jan 2013: *Europäische Flüchtlingspolitik: Wege zu einer fairen Lastenteilung*, SWP-Aktuell 65, Berlin.
- Bast, Jürgen 2014: Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Kadelbach, Stefan (Hrsg.): *Solidarität als europäisches Rechtsprinzip?*, Baden-Baden: Nomos, 19-32.
- Bendel, Petra 2014: Und sie bewegt sich doch? Die Debatte um Verteilungssysteme in Europa, in: *Asylmagazin*, 11/2014, 364-369.
- Bendiek, Annegret/Neyer, Jürgen 2016: *Europäische Solidarität – die Flüchtlingskrise als Realitätstest*, SWP-Aktuell 20, Berlin.
- DCR/ECRE 2016: The DCR/ECRE desk research on application of a safe third country and a first country of asylum concepts to Turkey, http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/DCR-and-ECRE-Desk-Research-on-application-of-a-safe-third-country-and-a-first-country-of-asylum-concepts-to-Turkey_May-2016.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.
- Deutscher Bundestag 2015: Obergrenzen für Asylsuchende und Bürgerkriegsflüchtlinge im Lichte des EU-Rechts, https://www.tagesschau.de/obergrenze-103-_origin-86dc1e11-e84d-42f7-8777-7dc78cfa51bb.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.
- DIMR 2015, Stellungnahme zur Debatte um „Obergrenzen“ beim Recht auf Asyl in Deutschland, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Stellungnahmen/DIMR_Stellungnahme_Asylrecht_Obergrenze_30_11_2015.pdf), Stand: 7. Dezember 2016.
- ECRE (Hrsg.) 2015: Country Report: Turkey, Asylum Information Database, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_tr_update.i.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.
- Farahat, Anusheh 2014: *Progressive Inklusion: Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht*, Berlin/Heidelberg: Springer.
- Hathaway, James/Gammeltoft Hansen, Thomas 2015: Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 53, No. 2, 235-284.
- Hruschka, Constantin 2016: Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission, [eumigrationlawblog](http://www.eumigrationlawblog.com), 17. Mai.
- Hurwitz, Agnes 2009: *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, New York: Oxford University Press.
- Lübbe, Anna 2015a: Prinzipien der Zuordnung von Flüchtlingsverantwortung und Individualrechtsschutz im Dublin-System, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, H. 4, 125-132.
- Lübbe, Anna 2015b: Das Verbindungsprinzip im fragmentierten europäischen Asyllum, in: *Euro-pace*, H. 3, 329-344.
- Lübbe, Anna 2016: Ist der deutsche Transit österreichisches Hoheitsgebiet?, *verfassungsblog*, 4. März.
- Lübbe, Anna 2017a: Ist der Flüchtlingsschutz zeitgemäß? Herausforderungen und Weiterentwicklungsansätze, Expertise im Auftrag des Sachverständigenrates deutscher Stiftungen für Integration und Migration für das Jahresgutachten 2017, https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user_upload/FB_SK/Professor/Luebbe/SVRGutachLuebbe816_1.pdf, Stand: 28. Juni 2017.
- Lübbe, Anna 2017b: Menschenrechtsgerechte Zuordnung von Flüchtlingsverantwortung in Europa, in: Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e. V. (Hrsg.), *18. Deutscher Verwaltungsgerichtstag Hamburg 2016*, Dokumentation, 99-112.
- Lübbe, Anna 2017c: Migrationspartnerschaften: Verweisung auf Transitstaaten ohne Rücksicht auf die Familieneinheit, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, H. 1, 15-21.

- Maiani, Francesco 2016: The Reform of the Dublin III Regulation. Study for the LIBE Committee, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU-\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU-(2016)571360_EN.pdf), Stand: 7. Dezember 2016.
- Marx, Reinhard 2016: Rechtsgutachten zur unionsrechtlichen Zulässigkeit des Plans der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union, die Türkei als sicherer Drittstaat zu behandeln, https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2016/03/160304_Gutachten_Marx_Tuerkei_als_sicherer_Drittstaat_korr.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.
- Oberwexer, Walter/Funk, Bernd-Christian 2016: Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge, Gutachten, <https://www.bundeskazleramt.at/DocView.axd?CobId=62571>, Stand: 7. Dezember 2016.
- Peers, Steve 2016a: The Orbanisation of EU asylum law: the latest EU asylum proposals, *eulawanalysisblog*, 6. Mai.
- Peers, Steve 2016b: The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment, *eulawanalysisblog*, 16 März.
- Papier, Hans-Jürgen 2016: Asyl und Migration – Recht und Wirklichkeit, *verfassungsblog*, 18. Januar.
- Pro Asyl u. a. (Hrsg.) 2013: Memorandum Flüchtlingsaufnahme in der Europäischen Union, http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/STARTSEITE/Memorandum_Dublin_deutsch.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.
- Pro Asyl 2016: Der EU-Türkei-Deal und seine Folgen, https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2016/06/PA_Broschuere_EU-Tuerkei_Mai16_webEND.pdf, Stand: 7. Dezember 2016.
- Schmidt, Adela 2015: Die vergessene Richtlinie 2001/55/EG für den Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen als Lösung der aktuellen Flüchtlingskrise, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, H. 7, 205-212.
- Scholz, Antonia 2013: *Warum Deutschland? Einflussfaktoren bei der Zielstaatsuche von Asylbewerbern*, BAMF Forschungsbericht 19.
- Seufert, Günter 2015: *Die Türkei als Partner der EU in der Flüchtlingskrise*, SWP-Aktuell 98, Berlin.
- UNHCR 2016a: Global Trends. Forced Displacement in 2015, <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html>, Stand: 7. Dezember 2016.
- UNHCR, 2016b: Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept, <http://www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf>, Stand: 7. Dezember 2016.
- von Bogdandy, Armin 2009: Grundprinzipien, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer, 13-21.

FORUM

Andreas Cassee

Für offene Grenzen¹

Der heute vorherrschende Umgang mit menschlicher Mobilität ist von einer tiefgreifenden Asymmetrie geprägt. Wenn Menschen *innerhalb eines Landes* an einen anderen Ort reisen oder sich dort niederlassen wollen, wird das normalerweise als ihr gutes Recht angesehen. Mobilität und Immobilität gelten gleichermaßen als legitime Bestandteile einer selbstbestimmten Lebensführung, und wer einen mobilen Lebensstil bevorzugt, braucht sich dafür nicht speziell zu rechtfertigen. Jeder Mensch hat ein verbrieftes Menschenrecht, sich innerhalb eines Landes frei zu bewegen und niederzulassen.²

Ganz anders gehen die herrschende Meinung und das geltende Recht hingegen mit *internationaler* Mobilität um. Zwar besteht (zumindest rhetorisch) ein breiter Konsens über den völkerrechtlichen Grundsatz, dass niemand in ein Land abgeschoben werden darf, in dem ihm politische Verfolgung droht.³ Aber ein rechtlicher Anspruch, in ein sicheres Land der eigenen Wahl einzuwandern, wird nicht einmal Flüchtlingen im engen Sinn des geltenden Rechts zugestanden. Und wer sich aus anderen Gründen als aufgrund politischer Verfolgung auf den Weg macht – sei es aus wirtschaftlicher Not oder in der Hoffnung auf Wohlstand; sei es aus Liebe, aus Neugierde oder aus irgendeinem anderen Motiv –, hat grundsätzlich gar keinen Anspruch, in einem anderen Land aufgenommen zu werden.

Einwanderungsbegehren, so die herrschende Meinung, sind etwa wie Heiratsanträge: Die Antragstellerin kann zwar versuchen, ihre Aufnahme durch den Hinweis schmackhaft zu machen, dass sie eine „gute Partie“ wäre. („Ich bin reich und werde eine gute Steuerzahlerin sein!“ – „Ich habe eine Ausbildung, die auf eurem Arbeitsmarkt dringend benötigt wird!“) Aber es steht dem Zielland frei, einen solchen Antrag abzulehnen.

1 Dieser Beitrag fasst die wichtigsten Thesen meines Buchs *Globale Bewegungsfreiheit: Ein philosophisches Plädoyer für offene Grenzen* (Cassee 2016) zusammen. Dort findet sich auch eine eingehende Verteidigung der hier skizzierten Argumente.

2 Art. 13 AEMR, Art. 12 IPbPR.

3 Art. 33 GFK.

Ist dieser asymmetrische Umgang mit innerstaatlicher und zwischenstaatlicher Mobilität moralisch gerechtfertigt? Lässt sich ein staatliches „Recht auf Ausschluss“ gegenüber Einwanderungswilligen überzeugend begründen? Einige AutorInnen in der philosophischen Migrationsdebatte glauben, dass das der Fall sei. Sie lassen sich grob zwei konkurrierenden Lagern zuordnen. Traditionelle kommunitaristische⁴ und liberal-nationalistische⁵ Ansätze verstehen das Recht auf Ausschluss als Bestandteil eines Rechts auf kulturelle Selbstbestimmung, das zunächst „Nationen“ oder „kulturellen Gemeinschaften“ zukommt. Staaten haben ein solches Recht nur deshalb (und nur dann?), weil (und wenn?) ihre Grenzen zumindest annähernd mit den Grenzen zwischen nationalen Kulturen zusammenfallen. Eine Reihe von jüngeren institutionalistischen Ansätzen⁶ kommt hingegen (jedenfalls dem Anspruch nach) ohne Bezugnahme auf die identitäre oder kulturelle Dimension des Nationalstaates aus. Diesen Ansätzen zufolge haben die bisherigen BürgerInnen allein aufgrund ihrer institutionellen Zugehörigkeit zum jeweiligen Staat das Recht, über dessen zukünftige Einwohnerschaft zu entscheiden.

Staaten als Clubs?

Das wohl prominenteste Argument der letztgenannten Art stammt von Christopher H. Wellman (2008). Er beruft sich auf die Vereinigungsfreiheit und macht eine Analogie zwischen Staaten und Clubs geltend: Genau wie die Mitglieder eines privaten Vereins hätten auch die Mitglieder eines Staates das Recht, frei zu entscheiden, wen sie als neues Mitglied in ihre Vereinigung aufnehmen wollen.

Wellmans Analogie zwischen Staaten und Clubs schießt allerdings weit über das Ziel hinaus: Wären Staaten tatsächlich wie Clubs, so müssten sie nämlich auch das Recht haben, ihre bisherigen Mitglieder auszuschließen oder deren (auf dem Territorium geborenen) Nachkommen die Aufnahme zu verweigern. Darüber hinaus führt ein staatliches Recht auf Ausschluss gegenüber Einwanderungswilligen zwangsläufig zu einer massiven Einschränkung der Vereinigungsfreiheit mit Blick auf private Assoziationsformen wie Ehen, Wohngemeinschaften oder Fußballclubs; und dies unterscheidet staatliche Ausschlussrechte, wie sie Wellman vorschweben, von den Ausschlussrechten, die wir privaten Vereinigungen im Rahmen der Vereinigungsfreiheit einräumen.

4 Walzer 1983.

5 Miller 2005, 2007, 2016, Kymlicka 1995.

6 Wellman 2008, Pevnick 2011, Blake 2013.

Die Mitglieder privater Vereinigungen mögen einen Anspruch haben, sich unter Ausschluss von Nichtmitgliedern in privaten Räumen zu versammeln, aber sie haben natürlich keinen Anspruch, mit Zwangsmitteln darüber zu verfügen, wer sich im öffentlichen Raum aufhalten darf. Ganz anders verhält es sich mit der Forderung nach einem staatlichen Recht auf Ausschluss: Sie geht dahin, dass der gesamte öffentliche und private Raum eines Landes ein „privater Raum zweiter Ordnung“ sein soll, der erst noch unter der Kontrolle einer Gruppe steht, die ihre ursprüngliche Zusammensetzung nicht den freien Entscheidungen ihrer Mitglieder verdankt, sondern einer unfreiwilligen Zuteilung per Geburt. Ein *solches* Recht gestehen wir keinem Verein zu, und die Vereinigungsfreiheit liefert deshalb auch keinen überzeugenden Grund, Staaten ein solches Recht einzuräumen.

Staaten als kollektives Eigentum?

Wenig überzeugend scheint mir auch Ryan Pevnicks (2011) eigentumsrechtliche Argumentation für ein Recht auf Ausschluss. Pevnick macht geltend, dass die bisherigen BürgerInnen aufgrund ihrer Beiträge zur Aufrechterhaltung staatlicher Institutionen ein Eigentumsrecht an diesen Institutionen erwerben, das ein Recht einschließt, darüber zu entscheiden, wer in Zukunft von diesen Institutionen profitieren darf.

Um real existierenden Staaten auf dieser Grundlage ein Recht auf Ausschluss zuschreiben zu können, müsste Pevnick allerdings zeigen, dass die entsprechenden Institutionen ihre Existenz tatsächlich ausschließlich den Beiträgen der eigenen BürgerInnen verdanken, und dass bei ihrem Aufbau kein Unrecht gegenüber Außenstehenden verübt wurde. Das allerdings dürfte historisch eher die Ausnahme als die Regel sein.

Darüber hinaus gelingt es auch Pevnick nicht, eine Asymmetrie zwischen „Neuankömmlingen durch Geburt“ und „Neuankömmlingen durch Einwanderung“ zu etablieren (dazu Brezger/Cassee 2016). Weder Neugeborene noch MigrantInnen haben bisher zu den staatlichen Institutionen beigetragen, und der Gedanke der Aneignung von Eigentum durch individuelle Beiträge vermag eine unterschiedliche Behandlung der beiden Gruppen deshalb nicht zu rechtfertigen.

Wenn wir annehmen, dass Beiträge zu staatlichen Institutionen ein Recht auf Ausschluss gegenüber (Noch-)Nichtbeitragenden begründen, dann dürften sich die bisherigen BürgerInnen weigern, Neugeborene in die staatliche Gemeinschaft aufzunehmen. Und wenn wir umgekehrt von der (wie ich meine überzeugenderen) Annahme ausgehen, dass eine Pflicht besteht, „Neuankömmlinge durch Geburt“ in die staatliche Gesellschaft aufzunehmen, dann sollten wir Staaten grundsätzlich als offene

Vereinigungen verstehen. Das bedeutet nicht, dass jedes „Eigentum“ an staatlichen Institutionen zurückzuweisen ist. Diejenigen, die Beiträge zu solchen Institutionen leisten, erwerben dadurch besondere Ansprüche. Doch die bisherigen Beitragenden müssen grundsätzlich bereit sein, neue Mitglieder zu gleichen Bedingungen in ihre Kooperationsgemeinschaft aufzunehmen.

Ein Recht auf kulturelle Selbstbestimmung?

Kulturelle Ansätze mögen auf den ersten Blick geeigneter scheinen, mit den Einwänden umzugehen, die ich hier gegen die institutionalistischen Argumente von Wellman und Pevnick angeführt habe. Wenn wir Menschen nicht als abstrakte Individuen, sondern als kulturell eingebettete Wesen verstehen, so ist der öffentliche Raum eines Landes eben kein „neutraler“ Raum, in dem sich völlig Fremde begegnen, sondern ein Raum, in dem die Angehörigen einer bestimmten kulturellen Gemeinschaft ihren partikulären *way of life* verfolgen (vgl. Walzer 1983: 37-39). Und auch die unterschiedliche Behandlung von „Neuankömmlingen durch Einwanderung“ und „Neuankömmlingen durch Geburt“ scheint im Rahmen kultureller Ansätze auf den ersten Blick leichter zu rechtfertigen: MigrantInnen bringen ihre eigenen kulturellen Prägungen mit, wohingegen auf dem Territorium geborene Nachkommen von Einheimischen von vornherein in der nationalen Kultur sozialisiert werden (vgl. Miller 2016: 63 f.).

Diesen Vorteilen kultureller Ansätze stehen allerdings erhebliche Begründungslasten gegenüber. Erstens müssten die VertreterInnen solcher Ansätze etwas dazu sagen, was eine „Nation“ oder eine „kulturelle Gemeinschaft“ im relevanten Sinn eigentlich genau sein könnte. Gibt es irgendein kulturelles Merkmal, das *alle* Mitglieder einer nationalen Gruppe (also beispielsweise sowohl den atheistischen Berliner Punk als auch die streng katholische Bayerin) von *allen* AusländerInnen unterscheidet?

Und zweitens müssten sie erklären, weshalb die nationale Zugehörigkeit moralisch bedeutsam sein sollte: Weshalb sollte die bloße Tatsache, dass sich bestimmte Menschen (oft eher aufgrund von Mythen als aufgrund harter Fakten) gegenseitig als TrägerInnen einer gemeinsamen nationalen Kultur anerkennen, dazu führen, dass die entsprechende Gruppe besondere Ansprüche – und insbesondere ein kollektives Recht auf kulturelle Selbstbestimmung einschließlich eines Rechts auf Einwanderungskontrolle – genießt? Immerhin steht ein solches kollektives Selbstbestimmungsrecht über die Kultur im eigenen Land in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zu den individuellen Selbstbestimmungsrechten. Das Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit beschränkt die Möglichkeiten einer Gesellschaft, die Verbreitung kultureller Erzeugnis-

se zu unterbinden, die nicht den Werten entsprechen, welche eine Mehrheit bewahren und fördern möchte; das Recht auf Religionsfreiheit verunmöglicht es einer Mehrheit zu beschließen, dass man eine christliche Gesellschaft sein wolle, und so weiter. Wenn wir in diesen Fällen den individuellen Selbstbestimmungsrechten den Vorrang gegenüber kulturellen Mehrheitspräferenzen einräumen, weshalb sollten wir das nicht auch bei der Einwanderung tun (Freiman/Hidalgo 2016)?

Verschiedene kulturelle Ansätze gehen auf je unterschiedliche Weise mit diesen Herausforderungen um, und mir fehlt an dieser Stelle der Platz, sie je einzeln zu erörtern. Mir ist aber kein kultureller Ansatz bekannt, der beide Probleme gleichzeitig auf überzeugende Weise zu lösen vermag: Soweit diese Ansätze auf plausiblen empirischen Beschreibungen beruhen, scheinen kulturelle Grenzen zu vage und zu unbedeutend, um die weitgehenden normativen Folgen zu zeitigen, die sie angeblich haben. Und soweit die entsprechende Beschreibung kultureller Grenzen scharf und bedeutsam genug scheint, ist sie deskriptiv wenig überzeugend.

Am aussichtsreichsten scheint mir noch Will Kymlickas (1995) Argument, dass Menschen auf kulturell überlieferte Deutungsmuster angewiesen seien, um ein selbstbestimmtes Leben führen zu können. Kulturelle Narrationen seien die „Brille“, durch die wir die Optionen wahrnehmen, die uns im Leben offenstehen. Wer keinen Zugang zu einem „kulturellen Wahlkontext“ hätte, für den wären alle Optionen ihrer Bedeutung beraubt und gleichsam wertlos.

Doch auch dieses Argument vermag höchstens zu zeigen, dass gewisse sehr extreme Formen kulturellen Wandels problematisch sein könnten. Selbst wenn Kymlickas Überlegungen *in solchen extremen Fällen* die Überlegungen zugunsten eines Rechts auf globale Bewegungsfreiheit, auf die ich gleich zu sprechen komme, überwiegen, folgt daraus nicht, dass wir Staaten ein *allgemeines* Recht auf Ausschluss zugestehen sollten. Staaten dürfen die Einwanderung allenfalls dann und in dem Maß verlangsamen, in dem dies tatsächlich notwendig ist, um problematische Folgen eines radikalen kulturellen Bruchs abzuwenden (vgl. Perry 1995). Und ein solcher autonomiegefährdender kultureller Bruch droht nicht schon dann, wenn eine Mehrheit der BürgerInnen eines Landes eine Präferenz hat, fremde kulturelle Einflüsse von sich fernzuhalten.

Internationale Mobilität und individuelle Selbstbestimmung

Ich glaube, dass keiner der in der Debatte gängigen Versuche, ein allgemeines Recht auf Ausschluss zu begründen, wirklich überzeugend ist. Und das scheint mir nicht

bloß daran zu liegen, dass noch niemand das richtige Argument gefunden hat. Einwanderungsbeschränkungen, wie sie heute üblich sind, stehen vielmehr in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis zu Annahmen über die Freiheit und Gleichheit aller Menschen, die heute zumindest auf einer abstrakten Ebene breit geteilt sind.

Dass ein allgemeines Recht auf Ausschluss schwer mit dem Bekenntnis zur individuellen Freiheit zu vereinbaren ist, lässt sich anhand des bereits erwähnten Rechts auf innerstaatliche Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit verdeutlichen. Weshalb halten wir dieses Recht hoch, räumen ihm gar den Rang eines Menschenrechts ein? Die Antwort scheint mir zu lauten, dass Bewegungsfreiheit für eine selbstbestimmte Lebensführung in doppelter Hinsicht bedeutsam ist: Die Verfügungshoheit über den eigenen Aufenthaltsort ist selbst eine wichtige Dimension der individuellen Selbstbestimmung (Carens 2013: 227, 249), und sie ist eine Voraussetzung für die Ausübung zahlreicher anderer wichtiger Freiheiten wie der Vereinigungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit oder der Freiheit der Berufswahl (Hidalgo 2014: 214).

Dürfte der Staat die innerstaatliche Mobilität beliebig einschränken, so würden wir nicht nur die Selbstbestimmung über unseren eigenen Aufenthaltsort einbüßen, sondern wir wären auch nicht mehr frei, mit intimen PartnerInnen aus anderen Landesteilen zusammenzuleben, an einer Demonstration in einer anderen Stadt teilzunehmen oder einen Beruf zu ergreifen, der an unserem Herkunftsort nicht existiert, ohne den Staat um Erlaubnis bitten zu müssen.

Aus denselben Gründen sind Beschränkungen der internationalen Mobilität problematisch: Sie hindern Menschen daran, über wichtige Aspekte ihrer eigenen Lebensführung selbst zu entscheiden. Wer das Recht auf innerstaatliche Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit akzeptiert, wird deshalb schwerlich an einem allgemeinen Recht auf Ausschluss gegenüber internationalen MigrantInnen festhalten können: Weshalb sollte der Zufall der Geburt darüber entscheiden, mit welchen anderen Menschen wir zusammenleben, an welchen Versammlungen wir teilnehmen und welche Jobs wir antreten dürfen (vgl. Carens 1987, Oberman 2016)?

Einwanderungsbeschränkung und globale Verteilungsgerechtigkeit

Ein zweites Problem besteht darin, dass Einwanderungsbeschränkungen wesentlich dazu beitragen, eine ungleiche globale Verteilung ökonomischer Chancen aufrechtzuerhalten. Der Ort, an dem eine Person ihr Einkommen erzielt, ist heute der wichtigste Indikator für die Höhe ihres Einkommens (Milanovic 2013). Einwanderungs-

beschränkungen hindern Menschen daran, sich an einen Ort zu begeben, an dem ihre ökonomischen Aussichten vielversprechender sind. Joseph Carens (1987: 252) bezeichnet die Staatsbürgerschaft in einem wohlhabenden Land vor diesem Hintergrund zurecht als „modernes Äquivalent feudaler Privilegien“ – immerhin handelt es sich um einen mit der Geburt zugeschriebenen Status, der einer bestimmten Gruppe von Menschen massiv bessere Lebensaussichten beschert.

Zugegeben: Eine Liberalisierung der Einwanderung ist nicht das *einzig*e mögliche Mittel zur Linderung globaler Verteilungsungerechtigkeit. Und aus einer Perspektive, welche die individuelle Selbstbestimmung über den eigenen Aufenthaltsort ernst nimmt, sind andere Mittel vielleicht sogar vorzuziehen. Zur Bewegungsfreiheit gehört schließlich auch der Anspruch, sich *nicht* von einem Ort wegzubewegen. In der besten aller Welten wäre niemand vor die Wahl gestellt, sein Herkunftsland verlassen oder in Armut leben zu müssen (vgl. Oberman 2015). Aber solange diese anderen Mittel nicht tatsächlich ergriffen werden, besteht eine teilweise Komplementarität zwischen Argumenten über individuelle (Bewegungs-)Freiheit und Argumenten über globale Verteilungsgerechtigkeit: Die Forderung nach globaler Verteilungsgerechtigkeit verstärkt die Kritik an denjenigen Einwanderungsbeschränkungen, die heute mit dem größten Eifer verteidigt werden, nämlich an Restriktionen für die Einwanderung der global Unterprivilegierten in wohlhabendere Länder.

Das vertragstheoretische Argument

Beide hier skizzierten Bedenken gegenüber Mobilitätsschranken lassen sich in grober Anlehnung an die Gerechtigkeitstheorie von John Rawls (1971) zu einem Gedankenexperiment verdichten (vgl. Carens 1987: 255-262). Stellen wir uns vor, wir wüssten nicht, in welchem Land der Welt wir dereinst geboren werden und welche Vorstellung von einem gelingenden Leben wir verfolgen werden. Welchen Prinzipien für den Umgang mit internationaler Migration würden wir dann zustimmen?

Ich glaube, dass wir uns in einer solchen Situation für ein Recht auf globale Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit aussprechen würden. Dabei handelte es sich nicht um ein *absolutes* Recht. Auch die innerstaatliche Bewegungsfreiheit darf schließlich vorübergehend eingeschränkt werden, wenn dies im Einzelfall ein notwendiges und verhältnismäßiges Mittel ist, um andere wichtige Grundrechte zu schützen. Aber der Grundsatz lautet doch, dass sich Menschen innerhalb eines Landes frei bewegen dürfen, solange nicht starke Gründe im Einzelfall für Einschränkungen sprechen. Und bei der entsprechenden Güterabwägung müssen auch die Ansprüche derjenigen Per-

sonen unparteiisch berücksichtigt werden, deren Bewegungsfreiheit beschnitten wird. Denselben Grundsatz sollten wir mit Blick auf die internationale Migration akzeptieren: Es ist grundsätzlich das gute Recht jedes Menschen, sich auf der Erdoberfläche frei zu bewegen, und jede Ausnahme von diesem Grundsatz bedarf einer Rechtfertigung durch andere entsprechend gewichtige Ansprüche. Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, nicht individuelle Mobilitätswünsche, bedürfen im Einzelfall einer speziellen Rechtfertigung.

Literatur

- Blake, Michael 2013: Immigration, Jurisdiction, and Exclusion, in: *Philosophy & Public Affairs* 41/2, 103-130.
- Brezger, Jan/Cassee, Andreas 2016: Debate: Immigrants and Newcomers by Birth – Do Statist Arguments Imply a Right to Exclude Both?, in: *Journal of Political Philosophy* 24/3, 367-378.
- Carens, Joseph H. 1987: Aliens and Citizens: The Case for Open Borders, in: *The Review of Politics* 49/2, 251-273.
- Carens, Joseph H. 2013: *The Ethics of Immigration*, Oxford.
- Cassee, Andreas 2016: *Globale Bewegungsfreiheit: Ein philosophisches Plädoyer für offene Grenzen*, Frankfurt/M.
- Freiman, Christopher/Hidalgo, Javier 2016: Liberalism or Immigration Restrictions, But Not Both, in: *Journal of Ethics & Social Philosophy* 10/2.
- Hidalgo, Javier 2014: Freedom, Immigration, and Adequate Options, in: *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 17/2, 212-234.
- Kymlicka, Will 1995: *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford.
- Milanovic, Branco 2013: Global Income Inequality in Numbers: in History and Now, in: *Global Policy* 4/2, 198-208.
- Miller, David 2005: Immigration: The Case for Limits, in: Cohen, Andrew I./Wellman, Christopher H. (eds.): *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Malden, Mass., 193-206.
- Miller, David 2007: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford.
- Miller, David 2016: *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Cambridge, Mass.
- Oberman, Kieran 2015: Poverty and Immigration Policy, in: *American Political Science Review* 109/2, 239-251.
- Oberman, Kieran 2016: Immigration as a Human Right, in: Fine, Sarah/Ypi, Lea Ypi (eds.): *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*, Oxford, 32-56.
- Perry, Stephen 1995: Immigration, Justice, and Culture, in: Schwartz, Warren F. (ed.), *Justice in Immigration*, Cambridge, 94-135.
- Pevnick, Ryan 2011: *Immigration and the Constraints of Justice: Between Open Borders and Absolute Sovereignty*, Cambridge.
- Rawls, John 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.
- Walzer, Michael 1983: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York.
- Wellman, Christopher H. 2008: Immigration and Freedom of Association, in: *Ethics* 119/1, 109-141.

Alexander Somek

Für offene Fragen. Ein Kommentar zu Cassee

A.

Cassee's kurzer Text bietet nicht nur eine informative und genaue Einführung in sein verdienstvolles Buch, er gewährt auch eine Innenansicht der Form des Diskurses, der zum liberalen Diskurs über Bewegungsfreiheit geworden ist.

Diese Form ist, wie es sich für einen Diskurs gebührt, von einer Sequenz bestimmt. In Frage steht zunächst die Kompetenz der Staaten, den Zugang zu ihrem Territorium so zu regeln, wie es ihnen in den Sinn kommt. Für diese Kompetenz werden in der Literatur unterschiedliche Begründungen angeboten, in denen zumeist herausgestellt wird, was Staaten eigentlich seien, nämlich etwa Clubs, kulturell partikularisierte Gemeinschaften, freiwillige Zusammenschlüsse oder Organisationen, die im Eigentum der Steuerzahler stünden.

Solche Wesensbestimmungen der staatlichen Gemeinschaft werden sodann argumentativ auf die Probe gestellt und als entweder überschießend oder unzureichend verworfen. Bei näherer Betrachtung stelle sich eben heraus, dass Staaten keine Clubs seien, dass man nicht freiwillig in sie eintrete oder dass die Behauptung der kulturellen Homogenität der Nationalstaaten sich mit der Garantie von Grundfreiheiten spieße. Mit dem Scheitern der untersuchten Wesensbestimmung wird auch die Begründung der allgemeinen Kompetenz, die Zuwanderung frei zu regeln, als misslungen angesehen.

Darin erschöpft sich die Form des liberalen Diskurses aber nicht. Die solcherart zunächst bloß negativ – aus der Verwerfung einer allgemeinen Beschränkungsfreiheit – bestimmte individuelle Bewegungsfreiheit wird auch positiv untermauert. Im Fall von Cassee wird sie unter Rekurs auf die Ermöglichung von individueller Autonomie begründet und durch Erwägungen zur globalen Verteilungsgerechtigkeit zusätzlich abgestützt.

Die Bewegungsfreiheit gilt aber nicht absolut. Selbst wenn die Gesichtspunkte, die zur Wesensbestimmung der begrenzten politischen Einheit herangezogen werden, nicht dazu taugen mögen, die Kompetenz von Staaten zu begründen, die internationale Mobilität nach Belieben zu regeln, so können sie durchaus dazu angetan sein, in diesem oder jenem Fall – also da und dort – Einschränkungen des Menschenrechts

auf Bewegungsfreiheit zu rechtfertigen. Diese Gründe müssen freilich „stark“ genug sein, um das universelle Interesse an Mobilität ausstechen zu können.

Somit gelangt man vermöge der Form des liberalen Diskurses von offenen Grenzen zu offenen Fragen. Die Form des liberalen Diskurses transponiert die philosophische Analyse in eine unbestimmte politische Forderung. Das Plädoyer für offene Grenzen entpuppt sich als ein Bekenntnis zu offenen Fragen.

B.

Alles, was der Staat außerdem noch sein mag als jene Autonomieermöglichungsanstalt, als die er in der Form des liberalen Diskurses auftritt, lässt sich als potentiell legitimer Eingriffsgrund wieder berücksichtigen. Die Folgen eines drohenden „radikalen kulturellen Bruchs“ dürfen abgewendet werden. Ein bloßes Nehmen seitens der Eingewanderten, das keine Bereitschaft zum Geben einschließe, müsse sich kein Staat gefallen lassen. In solchen Gründen, die Bewegungsfreiheit zu begrenzen, begegnen uns Wiedergänger des Staates im Verständnis als Lebensform oder als Solidargemeinschaft. Der Staat gilt zwar als eine Autonomieermöglichungsanstalt; allerdings wird dieses Verständnis bei jeder sich bietenden Gelegenheit mit Versatzstücken jener alternativen Verständnisse von Staatlichkeit ergänzt, die für die Begründung einer allgemeinen Beschränkungsbefugnis verworfen worden sind. Welches Verständnis letztlich schwerer wiege, müsse der Beurteilung des Einzelfalls – den Fakten, der Situation, der jeweiligen Lage – überlassen werden. Vorschriften wie jene, es habe offene Grenzen zu geben, deren Gehalt erst von Fall zu Fall zu entwickeln ist und die daher keine Verbindlichkeit für den Fall enthalten, sind Vorschriften bloß zum Schein – oder in den Worten ausgedrückt, welche die analytische Philosophie zur Bezeichnung eines solchen Scheins zulässt: sie sind es nur *prima facie* oder in der Gestalt von Prinzipien, deren Gewicht nicht vor einer Situation der Kollision feststehen kann.

Ein solcher Schein ist indes unumgänglich, damit die Form des liberalen Diskurses demokratisch anschlussfähig sein kann. Denn die Angehörigen von Völkern, die Zuwanderung als ein Problem erfahren, treten überwiegend für Beschränkungen ein. Sie befürworten diese vielleicht kraft des Glaubens, dass der Staat dazu da sei, ihre Kultur zu erhalten, oder seine Bürgerinnen, wenn es um knappe Mittel gehe, bevorzugt behandeln müsse. Die kulturelle Selbsterhaltung und der moralische Partikularismus sind schlechte Kandidaten für die Wesensbestimmung des Staates. Aber bei der Abwägung dürfen sie eine Rolle spielen. Die Form schließt die demokratisch legitimierte Beschränkung nicht aus, sondern ein. Sie darf sein.

Allerdings sieht die Form des liberalen Diskurses die Wiedergänger der falschen Staatlichkeit in der Außenseiterrolle. Die normative Grundlage für die Bewegungsfreiheit sei so stark, dass die gegenläufigen Argumente für eine Beschränkung in der Regel nur enorm schwach ausfallen würden.

President Trump: „The game is rigged.“

Allerdings ist diese Siegeszuversicht ebenso naiv wie kurzsichtig. Debatten über die Beschränkung der Bewegungsfreiheit sind Risikodiskurse. Ob ein „radikaler kultureller Bruch“ drohe, muss daher einer Risikoeinschätzung unterliegen. Einschätzungen dieser Art sind die Medien für die Artikulation von moralischen Vorurteilen. Dies zu unterschätzen, macht die Naivität der Form aus. Ob eine Entwicklung als bedrohlich wahrgenommen wird, hängt davon ab, ob sie von etwas ausgeht, das im Verdacht steht, böse zu sein. Vom „dunkelhäutigen Moslem“ sei nichts anders zu erwarten als die Vergewaltigung „der weißen Frau“. Die einen sagen, das treffe zu, die andern empören sich über eine solche fremdenfeindliche und rassistische Behauptung. Der Rekurs auf Fakten vermag hier nichts auszurichten. Es geht um Kontra-faktisches. Die Rede ist von dem, das möglicherweise geschehen wird. Ob es weniger oder vieler Indizien bedarf, um ein Risiko gravierend erscheinen zu lassen, hängt davon ab, wie man die Aktivität, die das Übel hervorbringt, moralisch bewertet. Was andere tun werden, lässt sich nur erahnen. Und die Vorahnungen beruhen auf Vorurteilen.

Patriotische Europäerin: „Die unentgeltliche Verteilung des Korans an junge Männer führt zum radikalen kulturellen Bruch. Seht doch nicht weg! Täuscht euch doch nicht über die wahren Konsequenzen!“

Die demokratische Politik ist gesättigt mit Auseinandersetzungen über Gut und Böse, die sich indirekt als Risikoeinschätzungen artikulieren. Das philosophische Argument kann das Gewicht der Gründe und Gegengründe nicht beeinflussen, denn es wird bestimmt von partikularer Moral und dahinterstehenden Statusängsten. Die demokratische Lösung von Verhärtungen bedarf des regen Erfahrungsaustausches ebenso wie des prinzipienlosen Kompromisses.

C.

Die philosophische Theorie mag denjenigen, welche die Risiken der Bewegungsfreiheit (z. B. Verbrechen, Arbeitsplatzverlust, steigende Budgetdefizite, Verfall des öffentlichen Bildungssystems) hoch einschätzen, entgegenhalten, dass sie bedauerliche Einzelvorkommnisse voreilig generalisieren, und ihnen zu verstehen geben, dass sie die Welt anders sehen würden, wenn sie den Fremden aufgeschlossener und positiver entge-

genträgen. Aber damit ist noch nicht die Frage beantwortet, was gilt, wenn demokratische Gesellschaften die Grenzen nicht öffnen, sondern schließen, und die Bewegungsfreiheit nicht ermöglichen, sondern erschweren. Gelten die entsprechenden Gesetze nicht, wenn sie auf einer als falsch erachteten Risikoeinschätzung beruhen?

An diesem Punkt konfrontiert die Form des liberalen Diskurses das Denken mit einer Alternative. Entweder muss man gegen die mit den falschen Vorurteilen beladene demokratische Mehrheit auftreten und die Bewegungsfreiheit mit autoritären Mitteln durchsetzen; oder man muss den demokratischen Gemeinschaften das Recht konzederen, sich gegen das zu entscheiden, was die Philosophie für moralisch geboten hält.

Der Liberalismus tut sich notorisch schwer damit, autoritäre Lösungen offen zu akzeptieren. Viel lieber ist seinen Vertretern schon die Einsetzung eines Gerichts, dem man die Aufgabe zuschiebt, die moralisch falschen Risikoeinschätzungen unter dem sprachlichen Denkmantel der juristischen Expertise zu korrigieren. Das ist auch nicht demokratisch, aber es fällt nicht sofort auf. Wenn man umgekehrt konzедiert, dass das philosophische Argument nicht mehr als eine Stimme im Konzert demokratischer Debatten sein kann, dann müsste diese seine Stellung auch philosophisch eingeholt werden. Dies kann etwa durch das Einbekenntnis geschehen, dass es unter Bedingungen des Pluralismus unvermeidlich sei, dass unterschiedliche Menschen über dieselben Dinge unterschiedlich urteilen. Das philosophische Argument vermag die *conditio humana* nicht zu ändern, betrifft sie doch in diesem Fall die Funktionsbedingungen und Grenzen der menschlichen Urteilskraft. Man gelangt solcherart zu dem von Rorty denkwürdig formulierten Vorrang der Demokratie vor der Philosophie.¹

Wenn man diesen Vorrang akzeptiert, stellt sich allerdings das allgemeine Recht, die Bewegungsfreiheit frei zu begrenzen, wieder her. Die Grenzen, innerhalb derer politisch entschieden wird, haben Priorität vor dem philosophischen Argument für die offenen Grenzen, das innerhalb dieser Grenzen vorgetragen wird. Die offenen Fragen werden von der territorial begrenzten politischen Entscheidung beantwortet.

1 Siehe Richard Rorty: The Priority of Democracy to Philosophy, in: The Rorty Reader, hrsg. v. Ch. Voparil & R. Bernstein, Chichester, 2010, 239-259.

TOUR D'HORIZON

Morten Kjaerum

Human Rights Politics in Times of Confusion How to Move Forward¹

What I will talk about today is something that occupies me a lot. What is the role for human rights in securing a future for our children and grandchildren? How do we navigate human rights in a world full of unknowns? The number of autonomous developments that are converging these days and years leave us staggered and sometimes even paralysed. Developments may be interconnected or they may not – but, in many ways, it does not matter since they impact the unknown world ahead of us.

To get us started let me ask you what Hasseris street in the city of Aalborg in Denmark has in common with the subway line in Stockholm going to Hässelby? They share the fact that it makes a tremendous difference whether you live at the one end of the street/line or at the other. You live on average 12 years longer if you live at the more affluent end of the street or the subway line. These are European welfare states in 2017.

Leave no-one behind is the overall call of the SDGs – Hasseris and Hässelby indicate that there is something we need to look into. Who are the people who statistically will live 12 years less than their street or metro line fellows? They are Danish or Swedish men, low education, poor salary or un-employed, often single with weak social networks. They feel left behind. They are frustrated, frustrated with low self-esteem and increasingly via social media platforms they have channels for their anger.

That is positive because now there is a chance that their issues being heard. It may serve them well but also the rest of society. In the old days when the miners went into the coalmines they brought along cages with parakeets. If the parakeets started drowning it was time to get out – it was a signal that oxygen was getting low. What we may have heard from the Brexit referendum and the presidential election in the US, 21 % for Marine Le Pen and throughout Europe today may be early warnings from important segments of the population.

¹ The paper is based on a lecture in the Centre for Human Rights Erlangen-Nuremberg (CHREN), Friedrich-Alexander Universität, Erlangen-Nürnberg, 31 May 2017.

An early warning of something unknown. Jonathan Glover reminds us in his book *Humanity, A Moral History of the Twentieth Century* that the unthinkable today is real and thinkable tomorrow. He writes:

*„At the start of the century there was an optimism, coming from the Enlightenment, that the spread of a humane and scientific outlook would lead to the fading away, not only of war, but also of other forms of cruelty and barbarism. They would fill the chamber of horrors in the museum of our primitive past. In the light of these expectations, the century of Hitler, Stalin, Pol Pot and Saddam Hussein was likely to be a surprise. Volcanoes thought to be extinct turned out not to be.“*²

What we have witnessed the last 10–15 years is an increasing authoritarian trend globally, that is rapidly accelerating nurtured by populism from the right and the left. According to the Freedom House Freedom in the World Index, 2016 was the 11th consecutive year of a global decline in freedom. A key element are the attacks on democratic institutions, and in particular the separation of powers and the courts.

In Europe, Hungary took the lead weakening the constitutional court by dismissing its judges, substituting them with supporters of the regime. Poland has followed. In many more countries, populist forces attack the courts for being non-democratic and not accountable to the people through regular elections. This is a message easily picked up in populist circles.

The hostile language against courts is accentuated when the discussion is about the regional or international courts. In recent years, we have seen harsh critics of the European Court of Human Rights followed by political attempts to weaken its impact on human rights protection of the most vulnerable groups in Europe. The same can be said about the International Criminal Court and to a lesser extent the European Court of Justice.

Moving to the US. Most recently we saw for the first time ever a „no-show“ of the United States of America in an examination in the Inter-American Commission on Human Rights, as well as that they are considering to withdraw from the UN Human Rights Council. Serious financial undermining of the institutions may be the ultimate killer factor.

Apart from the courts and the international system, it should be mentioned that media freedom is scaled down. A fairly new trend is the attack on the academic

2 Glover, Jonathan 2001: *Humanity, A Moral History of the Twentieth Century*, Pimlico.

institutions, the attempted closure of the Central European University in Budapest is a clear illustration of this. As is well known, the space for civil society is also shrinking.

The authoritarian and populist forces work to erode the mechanisms stabilising the democratic state and the bodies protecting human rights. What was built after the Second World War is now seriously threatened. The attack on the institutions is what makes this period particular concerning. The authoritarian backlash has not eased but rather gained momentum over the past decade.

It would be suicidal to try to give a full picture of why the democratic world currently is moving in this direction. The financial crisis and inequality are certainly important drivers in the process and some may add that the refugee crisis in 2014–15 has contributed. I will touch upon these elements but focus on other aspects and then offer some sparkles of hope.

Fear and angst play into this in many different ways. Here we have to remind ourselves that fear in itself is real and so are the causes. But, we may not need to fear all the causes – or fear so much. We have to recall that fear erodes life quality and, in the end, fear kills.

The obvious elements when addressing fear is what dominates the political discourse and media headlines and here the list is obvious: terrorism and crime – and at the top of the list is currently refugees and mass migration. These are all real issues. However, are they so substantial and profound to allow them to absorb the political and public discourse to the extent they do? Crime is in most countries declining; so in this case the attention only serves to add to the fear level.

With regard to terrorism, the very aim of these heinous crimes is to create fear, and it certainly works. Here there is a tremendous task for governments, media – all of us – to find solutions not to allow fear to take over our lives. I will not go deeper into this here but just mention that it is surprising how cases involving Muslims are capturing headlines across Europe whereas arson attacks on camps for refugees followed by swastika signs are called kids affairs or done by unstable persons and poorly investigated by the police. It is obvious to where the fear is directed.

The same can be said on migration. Not that 1.2 million refugees arriving in Europe is not a considerable task. However proportionally we talk about 2:1000 Europeans. Thus, if handled in solidarity and with mechanisms in place, it could be dealt with in a manner that would not inject fear and animosity in important segments of the populations. No wonder that people get scared when they see thousands of foreigners walk up the highway with the police watching. It could have been managed, but

the political will was absent. Again, Hungary is the front runner with the Islamophobic statements by Prime Minister Orban and the current asylum procedures that are far from any human rights standards.

These issues are also the issues where the human rights world feels at home: addressing racism and Islamophobia, the protection of refugees and fighting for fair trials also for terrorists. As Professor, Philip Alston said recently in a lecture: „human rights are always on the wrong side”. It was not to indicate that human rights should not address these issues but rather that the current attacks on the human rights regime can be explained from this perspective. When human rights ensure fair trials also for terrorists and constitute the last bulwark for extreme restrictions and actions in the field of migration, human rights will eventually become the target.

This is certainly true for the most recent attack on the ECtHR that is closely tied to its decisions on family reunification and expulsion of foreigners. In many instances in Europe, the European Convention of Human Rights and the EU Charter on Fundamental Rights are the last instruments protecting refugees and migrants.

However, there is another dimension to this, namely that the human rights world together with others are absent from some of the more profound and difficult topics and fear drivers. In short, when did the human rights world last address the issues of the people living at the wrong end of Hasseris street or the Håsselby line? If they had belonged to the one or the other minority group, the human rights community would have addressed their issues. That is so despite the fact that Article 21 of the Charter of Fundamental rights mention as one of the prohibited grounds of discrimination „social origin”.

So what are the fear elements relevant for this group? Well looking at Maslow's pyramid of need the answer is obvious, namely security and in particular economic and job-security. Now consider how many upbeat articles you have read the past month about the driverless car or the fully automated shops praising these new technological advances and how much we can save. It is only one in a hundred of these articles that address the effects of all this on the millions of truck and taxi drivers or the frontline personnel in the local super market. They read the same articles, they reflect on their future and they look for visions and ideas to what they shall do just a few years from now. And for good reasons. A trip to Silicon Valley will convince even the greatest sceptic that the world is up for a major re-do. The new technological platforms, new ways of transport, together with robotics, and millions of things that are unknown to us today but will be utterly familiar in a few years are now converging with a hitherto unheard speed.

This is not a gradual change; it is not a revolution; it is in the words of Ulrich Beck a metamorphosis³. So far, it has been the blue-collar workers that have been touched, but in the beginning of 2017, 40 investment advisers were laid off from a large asset management company and replaced with computers that can do the work better and faster. Very soon, it will dig deep into the academic middle classes in Europe, and the first ones will be the economists, the legal profession and doctors. Robots with advanced algorithms will soon carry out the work.

Just to complete the picture, it must be mentioned that many of the most vulnerable people in Europe and elsewhere live in places that are first hit by climate change. The droughts in Spain and Italy have caused severe hardship for many thousands of peasants and wine growers. What is their future? The same weather changes are leading to refuge movements today, and most likely even more dramatically in coming years. This is what ironically ties the frustrated voters to their fear objects.

The convergence of technologies linked to the acceleration of climate change, makes the picture of metamorphosis plausible. The forces are getting out of our hands since this is not driven by a master plan or with the outset in a particular ideology, it is driven by millions of daily actions and side effects of these actions. Thus, what will come is unpredictable; some of it may be good and other things may be bad.

This is detected by all; and it injects fear. Due to its high complexity the visions and discussions that could help us take charge of some of it or create new visions are high jacked by the simple cry that sounds across Europe today: Look there – there is a Muslim. The fear is personalised in „the other“.

Let me go back in history for a moment, and here Roosevelt provides a good bridge to the glimmers of hope that I promised and the role human rights can play. In 1941, he addressed the US Congress with his State of the Union speech presenting a new „moral order“ based on four freedoms: freedom of expression, freedom of worship, freedom from want, freedom from fear. The „four freedoms speech“ is famous due to its influence over history, forming the basis for the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted in the UN General Assembly 1948.

The sense of security is intimately tied to „freedom from fear“ and „freedom from want“. Thus, Roosevelt saw what the West has neglected since: that civil and political rights are interrelated and interconnected with economic, social and cultural rights. This was underscored in the UDHR and reaffirmed at the World Conference on Human Rights in 1993 in Vienna.

3 Ulrich Beck, *The Metamorphosis of the World*, Polity Press, 2016

The paradox that we are currently in is that the challenges that confront us, be it climate change or the technological developments, cannot be addressed by any single state alone. Only through cooperation and solidarity is there a chance that human kind can regain a minimum of control. This is a paradox since nationalism has become a dominant feature of our times.

So what is needed is that key politicians keep their focus on the issue and do not let themselves be drawn into the easy populist nationalistic hate discourses. People are receptive to visions and ideas about a future that looks different but they still do not hear the visions. It is not only politicians but also private sector since they are drivers of globalisation and the new technologies that are hyper-modern in one sense are utterly old fashioned in another.

The old fashioned part of these companies is their constant drive for profit and reluctance to share. They have to embrace the modern world that they have a big share in creating and offer their creativity to all of us about what the chauffeur, the cashier and the lawyer shall do in the future. What is their take on this? And when will they fully contribute economically to the collective?

Many companies have embraced in their modern self-perception corporate social responsibility and human rights. But at the same time they contribute in a considerable way to undermine human rights protection by avoiding tax. Tax payment has moved up on the human rights agenda alongside the fight against corruption.

Where companies resist contributing or offer the minimum protection of workers, governance structures need strength and encouragement to challenge them. Human rights and labour rights have been hard won and shall not be thrown out over night by the introduction of a new app. That happened with Uber and partly with Airbnb. We have seen how the liberal Danish government has passed legislation that so far had the consequence that Uber closed their business in Denmark. This should not be a matter for a single member state but for the European Union since there is nothing modern in eroding the rights of people introducing zero-hour contracts and Uber-systems.

Where governments often are far away from the people on the Hasseris street in Ålborg the local authorities are close. Local authorities throughout Europe are now reacting to some of the nationalistic and populist political agendas. We have seen the city of Gdansk going up against the Polish central government on the issue of refugee protection. Numerous cities are now declaring themselves human rights cities.

It is an interesting and promising movement. In the human rights world for some time one has looked to the private sector to be a moderating factor when governments

became irresponsible. That is fine when it works. However, we cannot abandon democratic institutions altogether, and those we find at the local and regional level. In several EU Member States there is a trend that while trust in central government is declining the trust in local government is rising. In Sweden the Association of Local and Regional Authorities in March 2017 adopted a human rights policy platform for Swedish cities and regions. This is now to be implemented on a voluntary basis. The Raoul Wallenberg Institute is closely involved in this process.

Does the human rights approach make a difference in a modern Northern European welfare state? It is astonishing to witness the changes that a human rights based hospital or class room can bring about with small means, when taking the outset in the right to health or education. One of the reasons why the life expectancy is shorter for the people on Hässelby line is that there are tremendous barriers for many people in particular men in entering a hospital. In a human rights based hospital that I visited recently they took the outset in the people living in the district with profound outreach to the most vulnerable. One of the findings was that 40 % of the persons that they reached had the deadly lung disease kol.

In the words of Ulrich Beck we are all globalised one way or another. We cannot escape it but rather take up the challenge. That is what many cities are realising, creating global networks of human rights cities, on equality or sustainability, environment and in particular climate. Hitherto it is best illustrated in the climate summit in Paris in 2015. Here cities together with the corporate sector managed to influence the outcome. Without the cities the outcome would hardly have been as positive. With more than half of the world population now living in cities, the cities are gaining self-confidence in the light of states not being seen to tackling the systemic issues.

Generally speaking human rights offers a normative framework for addressing issues at the very local level. Human rights contribute to creating a coherent approach to issues that previously were dealt with in silos and isolation. It helps the officials having a focus on the individual. The most obvious example is the work on marginalised groups and minorities.

The local communities have in their hands to engage citizens in the decisions about their life. In a time of fear and insecurity this is a very powerful instrument that should be used to reengage people and offer them a sense of control and influence. We see a lot of highly interesting experiments on this across Europe that should be developed further. The slogan from the disability movement – „nothing about us without us“ –should cut across all areas. Engaging should be added to the list of obligations for duty bearers: to duty to respect, protect, fulfil and *engage*.

Human rights serve as a common framework for some of the global dialogues between cities. Here the Congress of the Regions in the Council of Europe as well as the Committee of the Regions in the EU play important roles. Both institutions need to be strengthened and drawn into the political processes more seriously. At the UN level a city forum is needed and avenues to the treaty body system should be explored. In this way globalisation will be seen contributing to the advancements at the very local. It all come together.

Finally, there is an urgent need to address the freedom from want and fear. The human rights environment need to engage stronger in the linkage between civil and political rights and economic, social and cultural rights. It was always a mistake that the EU Fundamental Rights Agency did not get a mandate in its multi annual framework to address economic, social and cultural rights. When working on austerity measures the Eurogroup and Troika should have included knowledge and expertise on economic and social rights.

Having had a stronger focus on economic, social and cultural rights could have addressed some of the concerns regarding the people living at Hasserris street and Håsselby line and many other places in Europe. It could have addressed some of the consequences of globalisation and neo-liberalism that have led to the extreme inequality in all societies.

In this way human rights work may not always be on the wrong side. By addressing the very legitimate concerns of this group human rights may regain credibility in the eyes of those who feel that human rights are about the other.

To sum up. Authoritarian trends and populism are gaining momentum, targeting key institutions and legal frameworks governing human rights, rule of law and the separation of powers. Partly the momentum builds on the immense sense of insecurity created by globalisation, inequality, new technological advances and climate change that all converge in this period of time. The convergence has the potential of a major transformation of the world if we continue along the current track. The unknown will hit us – unprepared.

As illustrated, there are a number of avenues that can be chosen to at least address some of the concerns and to be better equipped to meet the unknowns with a strong legal framework and institutions in place. So let's listen carefully to those that are left behind and let it be an early warning call for all of us. Like the parakeets in the coal-mines.

BUCHBESPRECHUNGEN

Andreas Cassee (2016): Globale Bewegungsfreiheit. Ein philosophisches Plädoyer für offene Grenzen, Berlin, Suhrkamp Verlag, 282 S., € 17,00



Bücher können unzeitgemäß sein – und gerade darin ihren Reiz entfalten. Andreas Cassees Buch *Globale Bewegungsfreiheit* ist so ein Fall. Cassee weigert sich, in die allgemeine Idealismusschelte einzustimmen, die infolge der ‚Flüchtlingskrise‘ auch in der politischen Theorie eingesetzt hat. Wo andere mehr Verständnis für die Sorgen westlicher Bevölkerungen angesichts unkontrollierter Einwanderung einfordern, hält Cassee ein dezidiertes Plädoyer gegen Einwanderungsbeschränkungen. So gesehen kommt das Buch doch zur rechten Zeit: Es hinterfragt, was sich hinter der als selbstverständlich empfundenen „Standardansicht“ der Einwanderungspolitik verbirgt, nämlich, dass Staaten die Einwanderung nahezu nach Belieben beschrän-

ken dürfen. Zu diesem Zweck führt der Autor den Leser gekonnt durch die englischsprachige Theorie-Debatte, um einige prominente Rechtfertigungen des Rechts auf Ausschluss aus dem Weg zu räumen. Seine Kritik richtet sich insbesondere gegen liberal-nationalistische bzw. kommunitaristische Argumente (Miller, Kymlicka, Walzer), doch auch „institutionalistische“ Ansätze (Wellman und Pevnick) kriegen ihr Fett weg. Gewiss kann man dem Autor vorhalten, er hätte etwas mutiger argumentieren und zunächst seine Begründung des Rechts auf Bewegungsfreiheit voranstellen sollen, um sie dann gegen Einwände zu verteidigen. Am Aufbau des Buches erkennt man, dass es sich um eine Doktorarbeit handelt: Zunächst wird das theoretische und methodische Feld weitläufig abgesteckt, um anschließend die eigene Position darzustellen. Diese Herangehensweise hat aber ihre Vorzüge. Denn nur so kann der Leser einen facettenreichen Überblick über den Stand einer politiktheoretischen Debatte erhalten, die in Deutschland bislang nur in Umrissen bekannt ist.

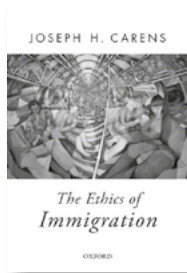
Cassee begnügt sich nicht mit einer scharfsinnigen Widerlegung des generellen Rechts auf Ausschluss; in den letzten zwei Kapiteln entwickelt er eine eigene Gegenposition. Dabei fährt er eine doppelgleisige Rechtfertigungsstrategie. Zunächst werden „neutrale“ Gründe für ein Recht auf Bewegungsfreiheit genannt – Gründe also, die „mit einem breiten Spektrum von unterschiedlichen umfassenden Gerechtigkeitskonzeptionen kompatibel“ sind (210). Wichtige Stütze seiner Argumentation ist insbesondere die Analogie zwischen innerstaatlicher und zwischenstaatlicher Bewegungsfreiheit. Wem eine philosophisch *enthaltssame* Begründungsstrategie moralisch bedenklich oder zu unterkomplex erscheint, für den hat Cassee eine vertragstheoretische Rechtfertigung des Rechts auf Bewegungsfreiheit parat, die er in Anlehnung an Joseph Carens‘ ursprüngliches Plädoyer für Bewegungsfreiheit entwickelt.

Was aber ist das Recht auf Bewegungsfreiheit? Aus Cassees Sicht lässt sich aus dem moralischen Wert der Bewegungsfreiheit „ein negatives moralisches Anspruchsrecht“ begründen. Dieses Recht impliziert nicht, dass Staaten verpflichtet sind, „Einwanderungswilligen im Ausland aktiv die Einreise zu ermöglichen“, sondern nur, dass sie „sie nicht

mit staatlichen Zwangsmitteln an der Einwanderung hindern dürfen“ (212). Doch diese Einschränkung täuscht nicht darüber hinweg, dass Cassees „allgemeines“ Recht auf Bewegungsfreiheit sehr weit gefasst ist und „eine ganze Reihe von weiteren Ansprüchen auslöst“ (214), die weit mehr als nur die Bewegungsfreiheit schützen. Gemeint sind beispielsweise Ansprüche auf Sozialleistungen für ZuwandererInnen, die sich in einem Land niedergelassen haben. Hier rächt sich vielleicht der Verzicht Cassees auf die kritische Auseinandersetzung mit libertären Ansätzen, die deutlich zwischen dem Recht auf Bewegungsfreiheit und dem Recht auf Inklusion unterscheiden. Denn es ist durchaus denkbar, dass ersteres auch ohne letzteres bestehen kann, zum Beispiel, wenn die äußere Grenze des Staates nach innen verlegt und durch Mechanismen des sozialen und politischen Ausschlusses ersetzt wird. Gegen eine solche Welt spricht normativ sehr viel – aber nicht unbedingt das Recht auf Bewegungsfreiheit. Dieses ist *per se* kein Recht auf politische und soziale Gleichheit.

Oliviero Angeli
 Institut für Politikwissenschaft
 Technische Universität Dresden
 oliviero.angeli@tu-dresden.de

Joseph H. Carens (2013): *The Ethics of Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 344 S., € 36,00



Seit seinem 1987 veröffentlichten Aufsatz „*Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*“ zählt Joseph H. Carens zu den einflussreichsten politischen TheoretikerInnen und PhilosophInnen, die sich mit normativen Fragen der Migration und Flucht befassen. So ist es nicht verwunderlich, dass Carens' im Jahr 2013 erschienene Monographie *The Ethics of Immigration*, die sein umfangreiches und vielschichtiges Werk zur Migrationsethik bündelt und systematisiert, mit großer Spannung erwartet wurde.

Das Buch ist in zwei thematische Blöcke gegliedert. Im ersten Teil („*Who Belongs?*“) fasst sich Carens mit den moralischen Ansprüchen von Personen, die sich bereits auf dem Territorium eines Staates befinden, dessen Staatsbürgerschaft sie (noch) nicht besitzen. Diese heterogene Gruppe von Personen umfasst neben dauerhaft ansässigen MigrantInnen auch deren im Land geborene Nachkommen, temporäre Arbeitsmig-

rantInnen sowie „irreguläre“ MigrantInnen (Personen, die sich ohne Erlaubnis und ohne Wissen der Behörden im Staatsgebiet aufhalten). Menschen, die im jeweiligen Staat aufgewachsen oder zu einem späteren Zeitpunkt eingewandert und nun dauerhaft ansässig sind, verfügen Carens zufolge über einen gültigen moralischen Anspruch auf Einbürgerung. Dies gelte auch für irreguläre MigrantInnen. Diesen Forderungen liegt eine „Theorie sozialer Mitgliedschaft“ zugrunde, die Carens im achten Kapitel expliziert: Der dauerhafte Aufenthalt in einer Gesellschaft führe zum Aufbau starker Bindungen zu Personen und Institutionen vor Ort, sodass auch Personen ohne Staatsbürgerschaft des jeweiligen Landes de facto über eine „soziale Mitgliedschaft“ in dieser Gesellschaft verfügten. Diese De-facto-Mitgliedschaft gelte es durch die Verleihung der Staatsbürgerschaft anzuerkennen, zumal damit der rechtliche Schutz vor der Möglichkeit der Abschiebung und – damit einhergehend – dem Verlust der entwickelten Bindungen gewährleistet würde.

Etwas unklar bleibt jedoch, weshalb Carens der Ansicht ist, für „soziale Mitgliedschaft“ als Grundlage des moralischen Anspruchs auf Einbürgerung sei primär die Aufenthaltsdauer vor Ort ausschlaggebend. Wenn tatsächlich die

demokratie

GEGEN MENSCHENFEINDLICHKEIT



WOCHEN
SCHAU
VERLAG



NEU
Jetzt gratis
testen

*Die neue Zeitschrift für alle, die sich
gegen Menschenfeindlichkeit und
für Demokratie stark machen.*

Mehr zum Konzept erfahren und Gratis-Probeheft anfordern
www.demokratie-gegen-menschenfeindlichkeit.de

Qualität der entwickelten Bindungen moralische Signifikanz besitzt, mag sich die Dauer des bisherigen Aufenthalts lediglich als Näherungswert oder „*proxy*“ anbieten, wie es Carens an manchen Stellen selbst suggeriert (164 f.). Die Orientierung an diesem „*proxy*“ lässt sich, wie Carens überzeugend ausführt, durch pragmatische Überlegungen stützen (165 f.). Wenig plausibel erscheint hingegen seine These, auch eine (hypothetische) Migrantin, die als Einsiedlerin lebt und keine sozialen Bindungen entwickelt hat, verfüge über einen genuinen Anspruch auf soziale Mitgliedschaft (168). Um diese These stützen zu können, müsste Carens seinen Begriff der „sozialen Mitgliedschaft“ erweitern, sodass hierunter auch örtlich gebundene Lebenspläne fielen, die ohne starke Bindungen zu anderen Menschen oder Institutionen auskommen.

Neben der zentralen These, dass die „soziale Mitgliedschaft“ einen moralischen Anspruch auf die Zuteilung der Staatsbürgerschaft rechtfertige, argumentiert Carens im ersten Teil des Buches zusätzlich für jeweils spezifische Ansprüche der unterschiedlichen Gruppen territorial anwesender MigrantInnen. Mit Blick auf irreguläre MigrantInnen fordert Carens zum Beispiel die Errichtung einer „*firewall*“ zwischen jenen Institutionen, die Menschenrechte gewährleisten, und den Behörden, die für die Durchsetzung der Aufenthaltsgesetze verantwort-

lich sind. Solch eine Brandschutzmauer ermögliche es irregulären MigrantInnen, ihre Menschenrechte effektiv in Anspruch zu nehmen, ohne die Aufdeckung und Abschiebung fürchten zu müssen.

Im zweiten Teil des Buches („*Who Should Get In?*“) diskutiert Carens die moralischen Rechte von Nicht-StaatsbürgerInnen, die sich noch nicht im Staatsgebiet aufhalten, aber einreisen möchten. Hier nimmt Carens zunächst jene Personen in den Blick, die sehr starke Gründe dafür vorbringen können, aufgenommen zu werden (insbesondere nachziehende Familienangehörige und Flüchtlinge). Im aktuellen politischen Kontext dürfte insbesondere das Kapitel zu Flüchtlingen auf großes Interesse stoßen. Dort spricht sich Carens unter anderem für eine breitere Fassung der Flüchtlingsdefinition aus, die Verfolgung als eine hinreichende, nicht jedoch als eine notwendige Bedingung begreift. Entscheidend sei vielmehr, ob grundlegende Menschenrechte im Herkunftsland bedroht seien (201). Ferner skizziert Carens die Grundzüge eines alternativen Arrangements der Verantwortungsverteilung im Flüchtlingsschutz.

Im elften und zwölften Kapitel diskutiert Carens schließlich die grundsätzliche Frage, ob sich ein Recht der Staaten und deren BürgerInnen auf weitestgehend eigenmächtige Kontrolle der Einwanderung tatsächlich überzeugend rechtfertigen lässt. Carens verteidigt

seine prominente Position, dass jede Person sowohl innerstaatlich als auch international über den eigenen Lebensmittelpunkt frei verfügen dürfen sollte und eine Beschränkung der Einwanderung deshalb nur unter bestimmten Bedingungen zulässig sei (zum Beispiel, wenn derart viele Personen gleichzeitig in einen Staat migrierten, dass die öffentliche Ordnung nicht mehr gewährleistet werden kann). Für diese Position könne man einerseits im Namen der Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit argumentieren. Andererseits folge die Forderung, die Grenzen weitestgehend zu öffnen, auch aus der Idee globaler Chancengleichheit sowie aus dem Gebot der Linderung extremer materieller Ungleichheit und Armut (227 f.). Inwiefern sich diese Rechtfertigungsgrundlagen für internationale Freizügigkeit tatsächlich gegenseitig verstärken, wie Carens behauptet (253), bedarf jedoch einer genaueren Untersuchung. Schließlich scheint weder aus globaler Chancengleichheit noch aus der Linderung extremer Armut ein genuines *Menschenrecht* auf internationale Freizügigkeit zu folgen. Genau für solch ein Menschenrecht auf grenzüberschreitende Freizügigkeit argumentiert Carens aber auf Basis des bereits anerkannten Menschenrechts auf innerstaatliche Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit (236-252).

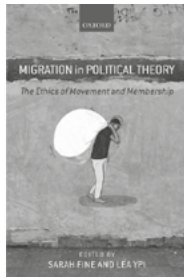
Wie dieser knappe Überblick über beide Teile des Buches verdeutlicht, wer-

den Fragen zum moralischen Recht auf Einbürgerung und zu Ansprüchen bereits anwesender MigrantInnen vor der grundlegenden Frage behandelt, ob bzw. inwiefern Staaten und deren BürgerInnen das von ihnen beanspruchte Recht auf Ausschluss von Einreisewilligen überhaupt rechtfertigen können. Dieser Aufbau resultiert aus dem von Carens gewählten methodischen Ansatz, den er sowohl in der Einleitung als auch im Appendix transparent darlegt: Carens möchte zunächst von einem möglichst breiten Konsens ausgehen und zeigen, dass sich viele seiner moralischen Forderungen auf der Basis bereits geteilter Prinzipien und Intuitionen begründen lassen. Die geteilten Prinzipien nennt Carens „*democratic principles*“ und subsumiert hierunter unter anderem den gleichen moralischen Wert aller Menschen, individuelle Freiheiten und Rechte, Gleichheit vor dem Gesetz sowie das Prinzip, dass legitimes Regieren der Zustimmung der Regierten bedarf (2). Wer sich diesen Prinzipien verbunden fühle, so lautet die These, sollte die von Carens' vorgebrachten Argumente unterstützen. Passend zu diesem Ansatz beginnt Carens einige seiner Kapitel mit intuitiv eindrücklichen Beispielen, auf die sich Carens' anschließende Argumentation beziehen kann. Auch aus diesem Grund ist die Monographie sehr zugänglich und eignet sich bestens als Einführung in die verschiedenen Fragen der Migrations-

ethik. Für diejenigen, die mit Carens' vorangegangenen Veröffentlichungen bereits vertraut sind, hält das Buch jedoch nur wenige Überraschungen bereit.

Jan Brezger
Humboldt-Universität zu Berlin
Institut für Philosophie
jan.brezger@hu-berlin.de

Sarah Fine, Lea Ypi (eds.) (2016): Migration in Political Theory. The Ethics of Movement and Membership, Oxford, Oxford University Press, 299 S., € 79,00



Bereits 2011 fand in Cambridge eine von Sarah Fine und Lea Ypi organisierte Konferenz zur normativen Theorie der Migration statt. Fünf Jahre später ist der daraus hervorgegangene Sammelband erschienen. Und das Warten hat sich gelohnt. Zwar halten nicht alle Beiträge Überraschungen bereit (was wiederum wenig überraschend ist, da die meisten Beteiligten bereits früher eingehend zum Thema publiziert haben). Doch dem Band gelingt es, einen fundierten Überblick über die bisherige Diskussion zu geben, die verschiedenen Argumentationsstränge zueinander in Beziehung zu setzen und zugleich neue Überlegungen

einzuflchten, die über den bisherigen Debattenstand hinausreichen.

Auf eine kurze, aber informative Einleitung der Herausgeberinnen folgen drei thematische Blöcke mit jeweils vier Aufsätzen. Der erste Block widmet sich unter dem Titel *Entry and Exit* der Frage nach einem staatlichen Recht, die internationale Wanderung von Menschen zu kontrollieren. Als roter Faden ist dabei die Diskussion über zwei Asymmetrien im geltenden Recht auszumachen. Erstens kennt das Völkerrecht zwar einen Anspruch auf innerstaatliche, nicht aber einen auf zwischenstaatliche Bewegungsfreiheit. Zweitens verbietet das internationale Recht Auswanderungsbeschränkungen, nicht aber Beschränkungen der Einwanderung. Lassen sich diese Asymmetrien überzeugend rechtfertigen?

David Miller vertritt in seinem Beitrag eine positive Antwort. Er setzt sich unter anderem mit der Analogie zwischen innerstaatlicher und zwischenstaatlicher Bewegungsfreiheit auseinander – und

macht geltend, dass diese Analogie die Gründe verkenne, aus denen wir Bewegungsfreiheit als Menschenrecht anerkennen. Beschränkungen der innerstaatlichen Mobilität seien historisch immer wieder zur Diskriminierung und Unterdrückung spezifischer Bevölkerungsgruppen eingesetzt worden (man denke an jüdische Ghettos oder an die südafrikanische Apartheid-Politik). Das Menschenrecht auf Bewegungsfreiheit diene der Verhinderung solchen Unrechts. Auf internationaler Ebene liege aber keine analoge Unterdrückung vor, wenn Einwanderungswillige etwa aus kulturellen Gründen abgewiesen würden.

Damit scheint Miller von seiner früheren Position abzurücken, der zufolge das Recht auf Bewegungsfreiheit auf einem Anspruch auf individuelle Autonomie beruht, dem allerdings Genüge getan sei, wenn Menschen eine angemessene Auswahl an Optionen in wichtigen Lebensbereichen haben (David Miller, „Immigration: The Case for Limits“, in: Andrew I. Cohen, Christopher H. Wellman (eds.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Malden, Mass. 2005, S. 193-206). Dieses frühere Argument Millers zerpfückt *Kieran Oberman* in seinem Beitrag. Oberman verteidigt ein Menschenrecht auf Einwanderung auf Grundlage des Interesses, wichtige persönliche Entscheidungen selbst zu fällen und sich auch über staatliche Grenzen hinaus politisch zu betätigen. Genau wie

die Religionsfreiheit nicht gewährleistet sei, wenn den Menschen bloß eine „angemessene Auswahl“ an Religionen gelassen werde, die sie legal praktizieren dürfen, so sei auch das Recht auf Bewegungsfreiheit nicht als Recht auf eine angemessene Auswahl an Optionen zu verstehen, sondern vielmehr als ein Recht, von illegitimen Eingriffen in die eigene Lebensführung verschont zu bleiben.

Anna Stiliz formuliert eine Zwischenposition in dieser Debatte über die Fundierung von Mobilitätsansprüchen. Ihr geht es aber letztlich nicht um Einwanderungs-, sondern um Auswanderungsansprüche. Menschen hätten kein Recht, sich ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren MitbürgerInnen zu entledigen. Staaten dürften ihre BürgerInnen zwar nicht völlig an der Auswanderung hindern. Es sei aber legitim, Auswandernde mit speziellen Abgaben zu belasten, um negativen Auswirkungen des *brain drain* zu begegnen. Damit leistet Stiliz einen differenzierten Beitrag zur jüngst entflammenden Diskussion über das Menschenrecht auf Auswanderung. Bedauerlich ist einzig, dass ihr Aufsatz – wie viele andere philosophische Beiträge zum Thema – einzig die negativen Auswirkungen der Auswanderung auf die Herkunftsländer in den Blick nimmt, ohne gegenläufige Effekte zu berücksichtigen, die in der empirischen Literatur gut dokumentiert sind.

Für eine scharfe moralische Asymmetrie zwischen Ein- und Auswanderung spricht sich schließlich *Christopher H. Wellman* aus. Er beruft sich auf die Vereinigungsfreiheit. Genau wie die Mitglieder eines Clubs hätten die BürgerInnen eines Staates das Recht, selbst über ihre Aufnahmepolitik zu entscheiden – nicht aber ein Recht, bisherige Mitglieder am Verlassen ihrer Vereinigung zu hindern. Wellman gesteht zu, dass die Vereinigungsfreiheit zwar eine ungleiche Behandlung von Ein- und Auswanderung, nicht aber eine ungleiche Behandlung von innerstaatlicher und zwischenstaatlicher Mobilität begründe. Diese Spannung löst er zuungunsten der innerstaatlichen Bewegungsfreiheit auf: Wenn subnationale Einheiten entscheiden würden, ihre Grenzen zu schließen, sei das nicht grundsätzlich problematisch.

Thematisch etwas heterogener fällt der zweite, mit *Migration, Equality, and Justice* überschriebene Block aus. *Arash Abizadeh* knüpft an die Fragestellung des ersten Blocks an und diskutiert einen Einwand gegen offene Grenzen, der sich auf besondere Verpflichtungen unter den Mitgliedern staatlicher Gemeinschaften beruft. Besondere Verpflichtungen unter Landsleuten könnten nur dann für ein Recht auf Ausschluss sprechen, wenn es sich dabei um „priorisierende“ Verpflichtungen handle. Da besondere Verpflichtungen aber normalerweise als „additive“ Verpflichtungen zu verstehen seien, die

zu den allgemeinen Pflichten hinzutreten, scheitere dieser Einwand.

Der Beitrag von *Sarah Fine* behandelt ein Problem, das in der normativen Migrationsdebatte oft auffallend stiefmütterlich behandelt wird, nämlich das Problem der rassistischen Diskriminierung. Fine zeichnet nach, wie schwer sich manche BefürworterInnen eines Rechts auf Ausschluss damit tun, offen rassistische Aufnahmekriterien unzweideutig zurückzuweisen, ohne auf kontingente Aspekte der Situation wie die mögliche Anwesenheit von Angehörigen der diskriminierten Gruppe unter den bisherigen BürgerInnen des Aufnahmelandes zu rekurrieren. Gerade TheoretikerInnen, die Einwanderungsbeschränkungen grundsätzlich befürworten, stünden aber in der Pflicht zu zeigen, dass ihre Ansätze eine deutliche Abkehr von der von Kolonialismus und Rassismus geprägten Geschichte darstellen.

Lea Ypi geht Problemen der Ausbeutung im Zusammenhang mit GastarbeiterInnenprogrammen auf den Grund. Sie weist die Ansicht zurück, dass solche Programme zwingend mit der Ausbeutung individueller MigrantInnen einhergehen — und macht geltend, dass entsprechende Programme dennoch strukturell ausbeuterisch seien, weil sie den Lohndruck auf dem heimischen Arbeitsmarkt erhöhten.

Ayelet Shachar beschließt den zweiten Block mit Überlegungen zum globalen

Wettbewerb um hochqualifizierte Arbeitskräfte. Sie zeichnet die Entwicklung von herkunfts- zu leistungsorientierten Selektionsmechanismen nach. Das dabei entstehende stratifizierte Mobilitätsregime werfe Probleme der Fairness gegenüber anderen Einwanderungswilligen, gegenüber den in den Herkunftsländern verbleibenden Menschen und gegenüber den Mitgliedern der aufnehmenden Gesellschaften auf. Die Antwort könne allerdings nicht in einer Anti-Mobilitäts-Haltung bestehen, welche die Auswirkungen der „Geburtslotterie“ um die ursprüngliche Staatsangehörigkeit noch verschärfen würde. Vielmehr gelte es, die Gewinne des globalen Migrationsregimes gerechter zu verteilen.

Der dritte und letzte Block behandelt unter dem Titel *Migration and Membership* zwei sehr unterschiedliche Themenkomplexe. Die beiden Aufsätze von *Joseph Carens* und *Sarah Song* widmen sich den Rechten von Personen, die sich bereits auf dem Territorium des jeweiligen Staates aufhalten. Carens argumentiert für ein Recht der Nachkommen niedergelassener MigrantInnen auf die Staatsbürgerschaft des Landes, in dem sie aufwachsen. Song nimmt die Rechte von MigrantInnen der ersten Generation in den Blick. Sie diskutiert drei Argumente für die moralische Relevanz der territorialen Anwesenheit, die sich auf soziale Zugehörigkeit, Reziprozität und Zwangsunterworfenheit stützen. Alle drei Argu-

mente seien für die Zuschreibung von Rechten relevant, seien aber auf je unterschiedliche Personengruppen anwendbar. Gefordert sei deshalb ein differenziertes System von Rechten, das eine Entbündelung der Ansprüche vornehme, die normalerweise mit der Staatsbürgerschaft verknüpft sind.

Die beiden letzten Beiträge gehen schließlich auf die Frage ein, ob die Unterscheidung zwischen Flüchtlingen und anderen Einwanderungswilligen aus moralischer Perspektive aufrechtzuerhalten ist. Eine skeptische Position vertritt diesbezüglich *Chandran Kukathas*. Er kritisiert die vorherrschende Narration, welche die Genfer Flüchtlingskonvention als humanitäre Errungenschaft darstellt, und macht geltend, dass der Flüchtlingsstatus von vornherein den Abschottungsinteressen der Nationalstaaten gedient habe. *David Owen* spricht sich dagegen für die Beibehaltung eines modifizierten Flüchtlingsbegriffs aus. Als Flüchtlinge hätten alle Menschen zu gelten, deren grundlegende Rechte im Herkunftsstaat nicht geschützt seien und die eines Schutzes *in loco civitatis* durch die internationale Gemeinschaft bedürften.

Wie diese Übersicht deutlich macht, behandelt der Band eine breite Palette von praktisch relevanten Themen und lässt dabei AutorInnen mit unterschiedlichen theoretischen Zugängen und divergenten inhaltlichen Positionen zu Wort kommen. Die große Stärke des

Buches besteht darin, dass es trotz dieser Heterogenität nicht auseinanderfällt. Dem Band ist eine breite Rezeption zu wünschen — gerade auch im deutschsprachigen Raum, in dem die philoso-

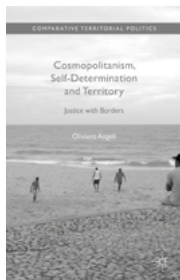
phische Migrationsdebatte erst in jüngerer Zeit vermehrt Beachtung findet.

Andreas Cassee

Universität Bern

andreas.cassee@philo.unibe.ch

Oliviero Angeli (2015): *Cosmopolitanism, Self-Determination and Territory. Justice with Borders*, Basingstoke, New York, Palgrave Macmillan, 169 S., € 70,00



In den klassischen Texten der politischen Philosophie hat die Rechtfertigung territorialer Ansprüche kaum Beachtung gefunden. Erst seit den 1990er Jahren ist eine breite Diskussion über die räumlichen Grundlagen staatlicher Herrschaft entstanden. Insbesondere der Separatismus und die globale Migration dürften zu einem verstärkten Interesse an der Legitimation von Staatsgrenzen geführt haben. Das vorliegende Buch leistet einen wichtigen Beitrag zur aktuellen Diskussion, indem es zwei Ideen verbindet, die häufig als Gegensätze aufgefasst werden. Einerseits argumentiert Oliviero Angeli auf der Basis eines moralischen

Kosmopolitismus, der allen Menschen den gleichen Wert zuerkennt. Andererseits tritt er für ein Recht auf kollektive Selbstbestimmung ein, das mit einem exklusiven, d.h. andere Personen ausgrenzenden Anspruch auf ein Territorium verbunden ist (4).

Im Zentrum der Untersuchung steht eine komplexe Analyse der räumlichen Herrschaftsrechte von Staaten, die sich insgesamt als fruchtbar erweist. Angeli differenziert zwischen zwei Arten von Rechten, die unterschiedlichen Funktionen dienen und unterschiedlichen Legitimationsbedingungen genügen müssen (59 ff.). Die „territorialen Rechte“ autorisieren einen Staat dazu, seine Gesetze auf alle Personen anzuwenden, die sich innerhalb seines Hoheitsgebietes aufhalten. Hingegen bezeichnen die „Rechte an einem Territorium“ – nach dem Vorbild von Eigentumsrechten – den Anspruch eines Staates auf alleinige Nutzung seines Hoheitsgebietes, einschließlich der dort befindlichen Ressourcen.

Die vorgeschlagene Differenzierung zwischen den beiden Arten von Rechten trägt zweifellos zu einem besseren Verständnis staatlicher Territorialität bei. Die Charakterisierung der „territorialen Rechte“ und der „Rechte an einem Territorium“ vermag aber nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen. Nach der Darstellung Angelis betreffen erstere ausschließlich Personen, die sich auf dem Hoheitsgebiet des Staates aufhalten, während sich letztere nur auf Außenstehende beziehen (71). Wenn die territorialen Rechte ein Gesetzgebungsmonopol über das jeweilige Gebiet gewährleisten wollen, müssen sie sich aber auch an externe Akteure richten. Insbesondere müssen sie anderen Staaten eine korrespondierende Pflicht auferlegen, den Geltungsanspruch ihrer Gesetze nicht auf den Herrschaftsraum des Rechtsträgers auszudehnen.

Für die Kernthese des Buches – die Vereinbarkeit von kollektiver Selbstbestimmung und moralischem Kosmopolitismus – sind vor allem drei Aspekte relevant. Erstens argumentiert Angeli dafür, allen Personen, die längerfristig auf dem Staatsgebiet ansässig sind, gleiche Rechte zu gewähren und den Erwerb der Staatsbürgerschaft zu ermöglichen. Jeder, der der staatlichen Zwangsgewalt unterworfen sei, müsse an der Gesetzgebung bzw. an der Wahl der Legislativorgane teilhaben können (77 ff.). Damit trägt Angeli dem Gleichheitsgebot des mora-

lischen Kosmopolitismus insofern Rechnung, als er eine Schlechterstellung z. B. von Gastarbeitern ausschließt. Für potenzielle MigrantInnen, die sogar durch einen „Bürgerstatus zweiter Klasse“ ihre aktuelle Situation verbessern würden, kann die geforderte Gleichbehandlung aber durchaus Nachteile haben. Sie können sich selbst dann nicht mit weniger politischen oder sozialen Rechten zufriedengeben, wenn das Zielland nur um diesen Preis zu ihrer Aufnahme bereit wäre.

Zweitens verteidigt Angeli das Recht von Staaten, ihre Grenzen für MigrantInnen – mit der Ausnahme von Flüchtlingen – zu schließen. Die Möglichkeit, Außenstehenden den Zugang zum Staatsgebiet (und die Mitgliedschaft in der staatlichen Gemeinschaft) zu verwehren, bilde eine wichtige Voraussetzung für die politische Selbstbestimmung. Eine Gemeinschaft könne nur dann ihre spezifischen Projekte verfolgen und ihre Zukunft autonom gestalten, wenn sie dazu autorisiert sei, MigrantInnen von ihrem Territorium fernzuhalten (95 ff.). Die Befugnis zur Grenzschließung steht nach Angelis Auffassung in keinem Widerspruch zur globalen Bewegungsfreiheit, die aus Sicht des moralischen Kosmopolitismus allen Menschen zusteht. „The right to exclude refers to the right of citizens of a given state to have their decisions respected, even when it seems to contravene their moral duties. What

the right to exclude does not imply, however, is that states have no duty to recognize that would-be immigrants should enjoy freedom of movement.“ (108)

Angeli ist hier insoweit zuzustimmen, dass die Zuerkennung eines Rechts mit moralischen Forderungen hinsichtlich der Rechtsausübung verbunden werden kann. So mag es z. B. für einen Inhaber des Rechts auf Meinungsfreiheit moralisch geboten sein, andere respektvoll zu behandeln, obwohl ihm sein Recht auch beleidigende Äußerungen gestattet. Allerdings erscheint die Art, wie Angeli die Rechte und moralischen Pflichten verteilt, nicht zwingend. Man könnte auch umgekehrt allen Menschen ein Recht auf globale Bewegungsfreiheit zuerkennen und eine moralische Pflicht postulieren, dieses Recht auf eine Weise auszuüben, die die kollektive Selbstbestimmung anderer nicht untergräbt. Folglich bedarf es noch eines zusätzlichen Arguments, das zeigt, warum das Recht, moralische Gebote zu verletzen, auf Seiten der kollektiven Selbstbestimmung liegt.

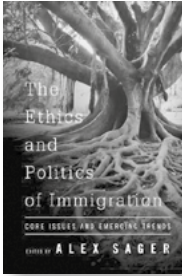
Drittens befasst sich Angeli mit dem Recht eines (Staats-)Volkes auf alleinige Nutzung seiner natürlichen Ressourcen, das beide Menschenrechtspakete von 1966 in Art. 1.2 statuieren. Er legt überzeugend dar, dass sich das „staatliche Rohstoffprivileg“ nur z. T. auf die kollektive Selbstbestimmung berufen kann

(131 ff.). Die politische Selbstbestimmung eines Volkes setze zwar die Möglichkeit voraus, frei über die Ausbeutung der natürlichen Ressourcen entscheiden zu können („*control rights*“). Ein Anspruch auf die ökonomischen Gewinne, die die Förderung von Rohstoffen einbringe („*income rights*“), lasse sich aber nicht mit dem Recht auf kollektive Selbstbestimmung begründen. Somit kann Angelis Konzeption der Forderung des moralischen Kosmopolitismus, alle Menschen von den sehr ungleich verteilten Ressourcen profitieren zu lassen, grundsätzlich Rechnung tragen.

Insgesamt bietet das vorliegende Buch eine kenntnisreiche und anregende Auseinandersetzung mit dem schwierigen Spannungsverhältnis von moralischem Kosmopolitismus und kollektiver Selbstbestimmung. Philosophen und Sozialwissenschaftlern, die sich für Migration, natürliche Ressourcen oder andere Aspekte staatlicher Territorialität interessieren, sei die Lektüre nachdrücklich empfohlen.

Frank Dietrich
 Institut für Philosophie
 Heinrich Heine Universität Düsseldorf
 Universitätsstr. 1
 40225 Düsseldorf
 Frank.Dietrich@uni-duesseldorf.de

Alex Sager (2016) (ed.): The Ethics and Politics of Immigration. Core Issues and Emerging Trends, London, Rowman & Littlefield International Ltd, 284 S., € 28,99



Alex Sagers Sammelband gibt einen Überblick über die aktuellen philosophischen Debatten der Migrationsethik und zeigt auf, wie die Berücksichtigung gesellschaftspolitischer Hierarchien und Idiosynkrasien aufgrund von rassistischer, ethnischer oder geschlechtlicher Diskriminierung und kolonialistischer Spätfolgen zu neuen Erkenntnissen sowie zu einer verbesserten Anwendbarkeit migrationsethischer Analysen führt. Der methodisch pluralistische Band ist dabei in vier Themenblöcke unterteilt.

Der erste Themenblock widmet sich der Frage nach der Aufnahme von MigrantInnen und behandelt methodische Vorzüge einer interdisziplinären Open-Borders-Debatte (Amy Reed-Sandoval), legitime Kriterien für staatliche Selektion (Michael Blake), konzeptuelle Merkmale des Flüchtlingsbegriffes (Matthew Lister), (mensen-)rechtliche Ansprüche auf Familienzusammenführungen

(Caleb Yong) sowie undemokratische Auswirkungen temporärer Gastarbeiterprogramme (Patti Tamara Lenard). Laut Reed-Sandoval erhöhe die Reflexion spezifischer Identitätsmerkmale von MigrantInnen und historischer Kontexte staatlicher Einwanderungssysteme die praktische Relevanz migrationsethischer Debatten. Blake verteidigt in seinem Aufsatz das Merkmal der beruflichen Qualifikation – entgegen dem Merkmal der ethnischen Herkunft – als geeignetes Kriterium für die staatliche Selektion von MigrantInnen. Lister positioniert sich zwischen restriktiven und liberalen Ansätzen, indem er argumentiert, dass auch die Verfolgung durch nicht-staatliche Akteure einen Flüchtlingsstatus begründe, nämlich dann, wenn der Staat unfähig oder unwillig ist, Schutz vor diesen zu gewährleisten. Yong plädiert dafür, denjenigen eine besondere Zuwanderungsberechtigung zu gewähren, die eine intime bzw. fürsorgliche Beziehung mit BürgerInnen führen. Entgegen herkömmlicher Annahmen entspringe jedoch das Recht auf bevorzugte Aufnahme von Pflegebedürftigen (z.B. Kindern) einem allgemeinen Menschenrechtsanspruch. Lenard behauptet, Gastarbeiterprogramme führten zwar teilweise zu einer gerechteren Wohlstandsverteilung,

verletzten jedoch Prinzipien demokratischer Gerechtigkeit in Entsende- und Aufnahmestaaten. Die Aufsätze des ersten Teils skizzieren somit vielfältige Antworten auf die Frage, unter welchen Bedingungen und anhand welcher Kriterien Staaten und Gemeinschaften ein Recht auf Ausschluss haben.

Der zweite Themenblock widmet sich der Durchsetzung von Einwanderungsbeschränkungen und behandelt die Legitimität der migrationspolitischen Abschiebehaft (Stephanie J. Silverman) sowie die rechtliche Differenz zwischen erzwungenem Menschenhandel und einvernehmlicher Schleusung (Valeria Ottonelli und Tiziana Torresi). Silverman kritisiert den Import strafrechtlicher Elemente in Einwanderungssysteme anhand einer Analyse migrationspolitischer Vollstreckungsmaßnahmen der USA. Ottonelli und Torresi entwickeln ein auf Zustimmung basierendes Kriterium für die Unterscheidung zwischen Menschenhandel und Schleusung, welches fremdbestimmende Lebensumstände von MigrantInnen berücksichtigt, ohne diesen ihre autonome Handlungsfähigkeit abzuspreehen. So leisten beide Aufsätze des zweiten Teils eine interessante Erörterung der komplexen Auswirkungen, welche die staatliche Vollstreckung von Aufenthalts- und Einwanderungsbeschränkungen hat.

Der dritte Themenblock widmet sich der Integration und Inklusion von Mig-

rantInnen und untersucht die Legitimität verpflichtender Integrationsmaßnahmen (Iseult Honohan) sowie das Recht auf Regularisierung im Falle von irregulärer Migration (Adam Hosein). Honohan behauptet, verpflichtende Integrationsmaßnahmen setzten MigrantInnen mit hohen Austrittskosten der potenziellen Willkür des Staates aus und seien unter Voraussetzung eines republikanischen Freiheitsbegriffs illegitim. Im nächsten Aufsatz argumentiert Hosein, der liberale Wert der Autonomie, nach welchem politische Autorität *prima facie* rechtfertigungsbedürftig sei, begründe einen Anspruch auf Regularisierung, da ein irregulärer Aufenthaltsstatus MigrantInnen in einen Zustand anhaltender Unsicherheit versetze. Der dritte Teil zeigt somit anhand der Schwerpunkte Integration und Inklusion auf, welche Rechte und Pflichten MigrantInnen und Staaten nach deren Einwanderung haben.

Der letzte Themenblock geht schließlich über die bisherigen Debatten hinaus und bereichert den Diskurs, indem er sich neuen Perspektiven der Migrationsethik widmet: Parvati Raghurams Aufsatz behandelt die Frage, welche Anforderungen die gegenwärtige Mobilität an eine Ethik der Fürsorge stellt und folgert, dass Migrationsbewegungen neue Vorstellungen und Praktiken der Fürsorge, u. a. im privaten Sektor der Haushaltshilfe oder im Bereich der Gesundheitsfürsorge, in Gesellschaften einführen. Dazu identifiziert

sie unter Berücksichtigung empirischer Analysen und konkreter Beispiele die geohistorische und kulturelle Kontextspezifität von Fürsorgepraktiken als eine der maßgeblichen Herausforderungen der Migrationsethik. In einem zweiten Schritt widmet sie sich der Frage, welche ethische Dimension der globale Transfer von ortsbundenen und kontextspezifischen Fürsorgepraktiken hat, und versucht eine Agenda der Fürsorgeethik (185) für die Herausforderungen der Migration zu entwickeln. Raghuram fordert, die Fürsorgeethik müsse der geohistorischen und kulturellen Kontextspezifität der Fürsorge im Falle einer Konfrontation unterschiedlicher Fürsorgepraktiken durch Migration gerecht werden. Unklar bleibt jedoch, wie die empirische Analyse der kontextspezifischen Fürsorge in eine normative Fürsorgeethik übersetzt werden soll. Schließlich beschreibt Raghuram in einem dritten Schritt anhand des Beispiels syrischer Flüchtlinge einen gegenwärtigen Anwendungsfall einer solchen Diskrepanz unterschiedlicher Fürsorgepraktiken. Obwohl teilweise ausführungsbefähigt bleibt, inwiefern Raghurams Ansatz eine Ethik – und nicht lediglich Politik (199) – der Fürsorge skizziert, deckt ihre Analyse akute Herausforderungen der Fürsorgeethik in einer globalisierten Welt auf.

José Jorge Mendozas Aufsatz verknüpft in exemplarischer Weise Migrationsethik und Identitätsdiskurs und un-

tersucht anhand der USA, wie migrationspolitische Maßnahmen unter Rückgriff auf das vorgeblich neutrale Kriterium der nationalstaatlichen Zugehörigkeit zu einer xenophoben Stigmatisierung von Bevölkerungsschichten führen. Die sozial konstruierte Eigenschaft „weiß“ zu sein, drücke sich laut Mendoza nicht nur in Kategorien der rassischen und ethnischen Herkunft aus, sondern schreibe den TrägerInnen dieser Eigenschaft eine (vorgeblich) neutrale Identität zu. „Weißsein“ sei folglich negativ bestimmt, indem es das Fehlen auffallender oder belasteter Identitätsmerkmale ausdrücke und seine gesellschaftliche Funktion sei es, *ex negativo* die Menge aller dauerhaft Fremden zu kennzeichnen. Laut Mendoza beschreibe „Weißsein“ ein Geflecht aus (genau) drei ineinander verwobenen Strängen (202) – Rasse, Ethnie und Nationalität – und treffe bereits dann nicht zu, sofern eine Person hinsichtlich einer dieser Stränge von der sozial konstruierten Norm abweiche (208). Die Verwendung eines sozialkonstruktivistischen Begriffs von „Weißsein“, der sich aus der Abwesenheit von belasteten Identitätsmerkmalen bestimmt, entkoppelt den Begriff von seiner herkömmlichen Assoziation mit biologistischen Merkmalen. Sofern „Weißsein“ jedoch durch die Abwesenheit (sozial konstruierter) auffälliger Identitätsmerkmale bestimmt wird und semantisch äquivalent mit „Nicht-dauerhaft-fremd-sein“ ist, bleibt

unklar, weshalb es sich ausschließlich in den Kategorien der Rasse, Ethnie und Nationalität ausdrücken sollte. „Weißsein“ müsste eine Vielzahl weiterer Merkmale (u.a. Geschlecht, sexuelle Orientierung, usw.) umfassen. Dies führte jedoch zu einem extrem artifiziellen Sprachgebrauch. Außerdem scheint unklar, ob dann noch sinnvoll von xenophober – und nicht vielmehr misogynen, homophober u. a. m. – Stigmatisierung gesprochen werden müsste. Mendozas Begriffsbestimmung ermöglicht so zwar eine subtile Analyse diskriminierender Exekutivmaßnahmen (wie bspw. spezifischer Formen des Profiling), führt jedoch zu einer äußerst schwachen Abgrenzung verschiedener Formen diskriminierender Unterdrückung.

Den Abschluss bildet Sagers eigener Aufsatz, welcher die populäre Debatte um die Legitimität der Auswanderung von Fachpersonal („Brain Drain“) auf die Verbreitung eines methodologischen Nationalismus im akademischen Diskurs zurückführt. Laut Sager ignoriere der methodologische Nationalismus transnationale politische und ökonomische Beziehungen sowie die interne Mobilität und Diversität von Nationalstaaten. Sager schlägt drei Maßnahmen vor, die zu einer angemessenen Beurteilung der Emigration von Fachpersonal führen

sollen: Erstens, Migration dürfe nicht länger als pathologische Abweichung von der Norm der Sesshaftigkeit, sondern müsse als potenzielle Strategie zur Wohlfahrtsförderung betrachtet werden. Zweitens, die Konstitution nationalstaatlicher Grenzen müsse modifiziert werden, bis sie bestehende Ungleichheiten nicht länger verstärke. Drittens, ein interdisziplinär ausgearbeiteter, politischer Kosmopolitismus müsse Institutionen vorschlagen, die globale Gerechtigkeit implementierten. Sagers Aufsatz stellt eine aufschlussreiche Analyse und Kritik der Brain-Drain-Debatte dar, wobei die Herausforderung einer weiteren Ausführung vermutlich darin bestehen wird, dem gegenwärtigen Rückstoß der Globalisierungskritik rechtspopulistischer Nationalismen Rechnung zu tragen, ohne dabei die Devise der praktischen Anwendbarkeit migrationsethischer Analysen, die Sagers Sammelband durchzieht, aufzugeben. Insgesamt repräsentiert diese sinnvoll gegliederte Aufsatzsammlung nicht nur akkurat den gegenwärtigen Stand migrationsethischer Forschung, sondern widmet sich mit einem innovativen, interdisziplinären Ansatz den realpolitischen Herausforderungen der Migrationsethik.

Zoë von Dohnányi

z.dohnanyi@gmail.com

David Miller (2016): Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, 218 S., € 31,50



Der Titel des neuen Buches von David Miller, *Strangers in Our Midst*, ist ein alter: Millers akademischer Lehrer, John Plamenatz, veröffentlichte 1965 einen gleichnamigen Aufsatz, worauf Miller selbst hinweist (178, Anm. 37). In damaligen Zeiten habe es in England hitzige Reaktionen auf eine verstärkte Einwanderung aus dem britischen Commonwealth gegeben. Dass Miller sein Buch mit aktuellen Zahlen aus Umfrageergebnissen beginnt, die den Schluss nahelegen, dass der Wunsch nach einer strikten Einwanderungspolitik ein weitverbreiteter ist, vermittelt deshalb den Eindruck, hier werde ein Titel aufgrund vergleichbarer Umstände aufgegriffen. In seiner Begründung für die Wahl des Titels klingt dieser Gedanke an: Er spiegele, wie Immigration von Menschen, die sich und ihre Ahnen fest verwurzelt in einem Land sehen, häufig erfahren werde (18). Mit dem Haupttitel ergeben sich somit zwei

Verweisungszusammenhänge – ein geborgter Titel und ein Meinungsreferat –, die fragen lassen, in welchem Maße Millers eigene Position mit diesem Titel verbunden ist.

Anders verhält es sich im Falle des Untertitels, denn eine politische Philosophie der Immigration ist eben genau das, worum es dem Autor in der Sache geht. Die klassische, von Miller so genannte staatszentrierte politische Philosophie habe das Thema Immigration bis heute nicht hinreichend behandelt; das gelte auch und vor allem für John Rawls, den Miller mit Blick auf *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1971) und *Das Recht der Völker* (1999) beurteilt und der gleichsam eine der Klammern des Buches bildet (15, 164f.). *Strangers in Our Midst* müssen wir in konzeptioneller Hinsicht vor diesem Hintergrund lesen: Das Buch bietet keine Ethik der Immigration, wie sie etwa von Joseph Carens vorgelegt wurde, zumindest nicht in erster Linie; es ist vielmehr an Grundfragen der politischen Organisation von Immigration orientiert.

Die neun Kapitel gliedern sich entsprechend nach folgenden Themen: Einleitung (Kap. 1), Kosmopolitismus, Parteilichkeit gegenüber Landsleuten und Menschenrechte (Kap. 2), Offene Gren-

zen (Kap. 3), Geschlossene Grenzen (Kap. 4), Flüchtlinge (Kap. 5), Wirtschaftsmigranten (Kap. 6), Die Rechte von Immigranten (Kap. 7), Die Integration von Immigranten (Kap. 8), Schlussfolgerungen (Kap. 9); dem Buch ist ein Anhang zur europäischen Migrationskrise („*European Migration Crisis*“) des Jahres 2015 beigegeben.

Diese Kernthemen behandelt Miller unter der Voraussetzung von vier Grundüberzeugungen (153 ff.), die sich in den neun Kapiteln niederschlagen. So vertritt der Autor, erstens, einen schwachen moralischen Kosmopolitismus: Immigranten hätten einen moralischen Status, mit dem sich Menschenrechte verbinden, die wir nicht verletzen dürften. Mit Menschenrechten verbindet Miller nicht den Zweck, ein soziales Ideal, sondern eine Schwelle zu markieren, die nicht überschritten werden dürfe (33). In vielen Fällen hätten Staaten positive Pflichten, diese Rechte zu schützen. Mit dem schwachen moralischen Kosmopolitismus ist darüber hinaus der Anspruch verbunden, dass die Ablehnung von Aufnahmegesuchen auch dann begründet werden müsse, wenn keine Rechte im Spiel sind (153). Miller argumentiert, zweitens, für nationale Selbstbestimmung: BürgerInnen eines demokratischen Rechtsstaats hätten das Recht, über die Zukunft ihrer Gesellschaft selbst zu entscheiden; und da Immigration einen Einfluss auf den Zustand einer Gesell-

schaft habe, folge, dass es ein Recht für Staaten gäbe, Immigration nach eigenen Prinzipien zu steuern und dabei insbesondere zwischen Wirtschaftsmigranten und Flüchtlingen zu unterscheiden (154). Den Flüchtlingsstatus definiert Miller in Auseinandersetzung mit der Genfer Flüchtlingskonvention und anderen Positionen durch die Auffassung, dass es sich bei Flüchtlingen um Menschen handele, deren Menschenrechte nur dadurch geschützt werden könnten, dass sie ihr Land verlassen, sei der Grund dafür nun staatliche Verfolgung, staatliches Unvermögen oder länger andauernde Naturkatastrophen (83). Immigrationspolitik sollte, drittens, auf Fairness ausgerichtet sein; Staat und Gesellschaft müssten sich um die Einrichtung von sozialen Praktiken und Institutionen kümmern und zugleich daran mitwirken, dass diese Praktiken realisiert werden (können) (155). Miller ist, viertens, von der Bedeutung integrierter Gesellschaften überzeugt, da nur sie Stabilität garantieren würden und darüber hinaus im Interesse aller Beteiligten seien (156 f.).

Vor dem Hintergrund früherer Arbeiten Millers, insbesondere seines Buches *On Nationality* (1995), kommt der Integrationsthematik eine besondere Bedeutung zu. Miller unterscheidet zwischen sozialer, bürgerlicher („*civic*“) und kultureller Integration (132). Da der Integrationsbegriff selbst diffus ist, richtet sich Millers Anliegen im achten Kapitel pri-

mär darauf, die genannten Integrationsformen näher zu bestimmen, um auf diese Weise sinnvoll zwischen ihnen unterscheiden zu können. Hinsichtlich der kulturellen Integration unterscheidet Miller zwischen privater und öffentlicher Kultur, um am Beispiel von Will Kymlicka (*Multicultural Citizenship*, 1995) zu zeigen, dass Multikulturalismus und kulturelle Integration sich nicht ausschließen (142 f.). Öffentliche Kultur, die sich Miller zufolge wandeln kann (144 f.), müsse mehr als nur Anerkennung politischer Standards bedeuten; sie bestehe in lebensweltlich verbreiteten „*taken-for-granted points of reference*“ (144), d. h. in Einstellungen, Dingen und Ereignissen, auf die sich Menschen im alltäglichen Miteinander auf selbstverständliche Art und Weise beziehen. Zwei Gründe, mit denen Miller gegen eine gleichsam dünne, rein bürgerliche Identität („*thinner citizen identity*“) und für eine gleichsam dicke, gehaltvolle nationale Identität („*thicker national identity*“) argumentiert (145), sprächen für kulturelle Integration hinsichtlich dieser öffentlichen Kultur: vom Standpunkt der Immigranten selbst der Grund, dass sie ihre neue soziale und institutionelle Welt sehr viel besser verstehen und sich auch besser in sie integrieren können würden, wenn sie um die kulturellen Hintergründe wissen; vom Standpunkt der aufnehmenden Gesellschaft der Grund, dass kulturelle Integration den Immigranten erlaube, sich mit

der neuen Gesellschaft zu identifizieren und eine nationale Identität im Sinne der aufnehmenden Gesellschaft zu entwickeln (144). Dass Miller seine Position als eine im weiten Sinne kommunitaristische oder auch sozialdemokratische Position versteht (161), ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser Ausführungen zur kulturellen Integration plausibel.

Millers Buch ist gut gegliedert und nach einsichtigen Prinzipien aufgebaut; es handelt die Grundthemen der Immigrationsthematik übersichtlich und nach klar formulierten Frage- und Problemstellungen ab. Der Autor stellt eine eigene, zweifellos gewichtige und herausfordernde Position argumentativ vor, ohne dabei den Eindruck zu erwecken, er wolle allein zu Spezialisten sprechen. Das Buch ist zwar keine Einführung in das Thema, aber es ist auch für jene zugänglich, die sich mit der philosophischen Diskussion um Migration noch nicht befasst haben und sich mit dieser Grundfrage unserer Zeit beschäftigen möchten. Im Bereich einer normativ veranlagten politischen Philosophie sind deren Prämissen natürlich nicht weniger kontrovers zu diskutieren als eine Argumentation, die sich von empirischen Umfrageergebnissen beflügelt gibt. Ein Beitrag zur politischen Philosophie der Immigration sollte nicht den Eindruck erwecken, dass seine Relevanz in Meinungsumfragen gründet. Glücklicherweise aber stellt Miller Argumente vor, die

keine schlichte Kommentierung solcher Umfragen sind, sondern die kritische Auseinandersetzung mit ihnen selbst erlauben. Sie stehen für den Anspruch, Klarheit in eine Debatte über die Möglichkeiten und Grenzen im Umgang mit jenen zu bringen, die wir nicht als Fremde bezeichnen müssen, wenn wir darüber nachdenken, unter welchen staatlich zu organisierenden Bedingungen sie sich sozial, bürgerlich und kulturell im Sinne Millers integrieren können. Wenn Miller sich kritisch auf Rawls bezieht, würde der Anspruch, ein neues Kapitel in der politischen Philosophie aufzuschlagen, im Übrigen noch überzeugender ausfallen, wenn Miller Rawls' mittlere Entwicklungen berücksichtigt hätte: Der politische Liberalismus, den Miller übergeht, bietet mit seiner Unterscheidung von Hintergrundkultur (*background culture*) und politischer Kultur einen dem Pluralismus

moderner Gesellschaften geschuldeten Gedankenkomplex, in den sich die von Miller aufgeworfenen Integrationsfragen selbst gut integrieren ließen. Gewinnbringend ist *Strangers in Our Midst* deshalb schon dadurch, den politischen Liberalismus von Rawls nunmehr mit dem nationalen Kommunitarismus von Miller in ein kritisches Gespräch bringen zu lassen. Das Buch ist freilich komplexer und bietet sehr viel mehr als nur einen Beitrag zur Frage nach der Integration von Immigranten. Aber diese Frage stellt sich ja auch und gerade dann, wenn man Millers Vorstellungen von einem Grenzregime nicht zustimmen möchte.

PD Dr. Claus Langbehn
Institut für Philosophie
Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin

ABSTRACTS

Markus Krajewski: Schmückendes Beiwerk oder echte Ergänzung? Zur Wirkung der Menschenrechte im innerstaatlichen Recht

Internationale Menschenrechtsübereinkommen werden in der Rechtsprechung deutscher Gerichte regelmäßig zitiert. Mit Ausnahme der Europäischen Menschenrechtskonvention werden sie jedoch nicht für eine Erweiterung der nach innerstaatlichem Recht bestehenden Rechtspositionen herangezogen, sondern allenfalls zur Bestätigung bereits gefundener Ergebnisse. Damit Menschenrechte eine echte Ergänzung zum innerstaatlichem Recht werden, müssen sie von den Streitparteien und ihren AnwältInnen in den Verfahren geltend gemacht werden und von den Gerichten wahrgenommen und angewandt werden. Um dies zu verbessern, sollten Menschenrechtsübereinkommen eine größere Rolle in der juristischen Aus- und Weiterbildung spielen.

Decorative supplement or real addition? The effects of human rights in domestic law

International human rights treaties are regularly cited in decisions of German courts. However, with the exception of the European Convention of Human Rights, human rights treaties are not used to enlarge the scope of substantive rights beyond the rights which already exist on the basis of domestic law. Instead, they are used to confirm results which have been derived from domestic law. To ensure that human rights will be used as real addition to domestic law, they must be claimed by the parties to a dispute and their attorneys and must be appreciated and applied by the courts. This can be enhanced by including human rights treaties in the education of jurists.

Eibe Riedel: „Best of UN“ – Narrationen aus dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Der Beitrag widmet sich der Frage der Rechtsgeltung der Normen des UN-Sozialpaktes und zeigt, dass Artikel 2 (1) des Paktes durch die Praxis des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zunehmend präzisiert worden ist. Die unterschiedliche Formulierung der Verpflichtungen in beiden UN-Pakten beruht vor allem darauf, dass die unterschiedlichen Ausgangslagen der Staaten bei der Ratifikation zu berücksichtigen sind. Anhand von Beispielen („Narrationen“) wird dargelegt, wie der Ausschuss zwischen einem konstruktiven Dialog und einem Verletzungsansatz unterscheidet. Die Um- und Durchsetzung der Sozialpaktrechte bleibt allerdings letztlich ernüchternd und langwierig. Es wird insgesamt davor gewarnt, anstelle von legitimen Interpretationen Legeferierung zu betreiben. Zu weite Interpretationen verleiten die Staaten dazu, die rechtlichen Empfehlungen des Ausschusses zu ignorieren. Der Sozialpaktausschuss sollte sich vielmehr auf die bestehenden Paktrechte und die Garantien der Allgemeinen Menschenrechtserklärung konzentrieren und die Grenze zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Rechtsetzung von an sich wünschenswerten *Desiderata de lege ferenda* nicht überschreiten.

„Best of UN“ – Narratives from the UN Committee of Economic, Social and Cultural Rights

The contribution addresses the question of the legal validity of the norms of the UN-Social Covenant and shows that article 2 (1) of the ICESCR has continuously been clarified and given more precision. The different formulations of the obli-

gations in both UN-Covenants reflect the different starting conditions of States upon ratification under the Social Covenant. With a number of examples ('narrations') it is shown how the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) distinguishes between a 'constructive dialogue' and a 'violations' approach. However, the implementation and application of Social Covenant rights ultimately remain sobering and protracted. The article warns against the CESCR legislating rather than legitimately interpreting the Covenant guarantees. If the interpretations are too broad, it will only entice States to ignore the legal recommendations of the Committee. Instead, the CESCR should concentrate more on the explicit Covenant provisions and on the guarantees of the Universal Declaration of Human Rights, and should continue to carefully bear in mind the limits of legitimate interpretation and illegitimate new legislation of *desiderata de lege ferenda*.

Elisabeth Greif: Die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)

Die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW) stellt das wichtigste völkerrechtliche Instrument zum Schutz der Menschenrechte von Frauen dar. Sie verlangt über formale und materielle Gleichheit hinaus eine Veränderung gesellschaftlicher Einstellungen und kulturell bedingter Verhaltensweisen, die ihre Wurzeln in Geschlechterstereotypen haben. Die CEDAW gilt als dynamisches Instrument des Menschenrechtsschutzes. Eine Erweiterung des durch die Konvention erfassten sachlichen Anwendungsbereiches erfolgt vor allem durch das CEDAW-Komitee. Als Instrument des sektoralen Menschenrechtsschutzes produziert die CEDAW allerdings auch Ausschlüsse: Inwiefern auch der durch die Konvention geschützte Personenkreis einer Erweiterung zugänglich ist, ob und inwieweit auch Menschenrechte, die sexuelle Orientierung und/oder Geschlechtsidentität berücksichtigen, mit

Blick auf die CEDAW eine Rolle spielen, gehört zu den aktuellen Herausforderungen der Konvention, die in diesem Beitrag untersucht werden.

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)

The *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW) is the most important instrument in international law for the protection of the human rights of women. The Convention not only guarantees formal and material equality but also demands the elimination of prejudices and customary practices which are based on gender stereotypes. The CEDAW is a dynamic human rights instrument. It is largely through the work of the CEDAW-Committee that the understanding of the Convention is expanded. As a sectoral human rights instrument, however, CEDAW also produces exclusions: Whether the group of people protected by CEDAW can be broadened, whether and to what extent CEDAW can protect human rights with regard to sexual orientation and/or gender identity, are among the current challenges the Convention faces.

Heiner Bielefeldt: Inklusion als Menschenrechtsprinzip. Grundsätzliche Überlegungen aus gebotemem Anlass

Der Anspruch zur Schaffung einer „inkluisiven“ Gesellschaft ist ein Markenzeichen der UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Zwar steht das Prinzip der Inklusion nach wie vor für gesellschaftliche Öffnungsprozesse; gleichwohl löst es mittlerweile oft eher ambivalente Gefühle aus. Gegen etwaige technokratische, bürokratische und utilitaristische Lesarten, zielt der vorliegende Artikel darauf ab, den humanen Sinn der Inklusion in Erinnerung zu bringen. Dies geschieht durch eine systematische Verortung der Inklusion im Kontext auch anderer wichtiger Prinzipien wie Universalismus, Nicht-Diskriminierung und Autonomie.

Inclusion as a human rights principle. A critical assessment

The aspiration to create an „inclusive“ society is the hallmark of the Convention of the Rights of Persons with Disabilities. While the principle of inclusion represents the expectations for an opening up of society, it meanwhile often triggers mixed feelings. In the face of technocratic, bureaucratic and utilitarian misunderstandings, the article aims to recapture the humane spirit of inclusion by locating it alongside other important principles, like universalism, non-discrimination and autonomy.

Ingrid Leijten: Indivisible Human Rights and Core Social Rights Protection under the ECHR

Social human rights are increasingly accepted as sufficiently clear legal standards that can be applied by non-elected bodies. At the same time, a broad interpretation of civil and political human rights creates room for social rights protection as well. An indivisible approach to rights protection is clearly visible in the case law of the European Court of Human Rights. An interpretation that allows for review of cases concerning health, social security or housing, however does not automatically ensure robust social rights protection. In this regard a core rights approach could provide for protection where it is needed most.

Unteilbare Menschenrechte und Kerngehaltsschutz sozialer Menschenrechte durch die EMRK?

Soziale Menschenrechte werden zunehmend akzeptiert als ausreichend bestimmte Rechtsnormen, die von nicht-gewählten Institutionen angewandt werden können. Gleichzeitig bietet eine weite Auslegung bürgerlicher und politischer Menschenrechte ebenfalls einen Ansatz zum Schutz sozialer Menschenrechte. Das Konzept unteilbarer Menschenrechte lässt sich deutlich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erkennen. Eine weite Auslegung er-

möglicht zwar die Überprüfung von Fällen aus den Bereichen Gesundheit, Soziale Sicherheit oder Wohnen, stellt aber nicht automatisch einen robusten sozialen Rechtsschutz sicher. In diesem Zusammenhang könnte das Konzept des Kerngehalts von Grundrechten den Schutz sozialer Menschenrechte dort gewährleisten, wo er am nötigsten ist.

Samuel Moyn: Menschenrechte in der Geschichte

Die Wurzeln der heutigen Menschenrechte liegen nicht da, wo Gelehrte und Professoren sie so gerne gefunden hätten: weder in der griechischen Philosophie, noch in der monotheistischen Religion, noch im europäischen Naturrecht, noch in den modernen Revolutionen, noch in der Abscheu vor der Sklaverei in Amerika und auch nicht in Hitlers Völkermord an den Juden. Die Versuchung, die Vergangenheit nach solchen „Quellen“ zu durchstöbern, sagt weit mehr über unsere eigene Zeit aus als über die drei Jahrzehnte nach dem Zweiten Weltkrieg, in denen die Menschenrechte zunächst eine Totgeburt waren, dann aber – auf welche Weise auch immer – Auferstehung feierten.

Human Rights in History

The roots of contemporary human rights are not to be found where pundits and professors have longed to find them: neither in Greek philosophy nor monotheistic religion, neither in European natural law nor early modern revolutions, neither in horror against American slavery nor Hitler's Judeocide. The temptation to ransack the past for such „sources“ says far more about our own time than about the thirty years after World War II, during which human rights were stillborn and then somehow resurrected.

Michael Krennerich: Das Wahlrecht als Bürger- und Menschenrecht – Standards und Eigenarten

Das Wahlrecht stellt ein grundlegendes demokratisches Recht dar, das auch in Menschenrechtsab-

kommen verankert ist. Der Beitrag gibt einen kursorischen Überblick darüber, wie das Wahlrecht umgesetzt wird. Diskutiert werden Wahlrechtsausschlüsse unter anderem für Häftlinge, Menschen mit Behinderungen und ausländischen Staatsbürger. Internationale Standards werden ebenso aufgezeigt wie manche Kuriosität.

The right to vote – a civil and human right. Standards and curiosities

The right to vote in general elections constitutes a basic democratic right, firmly established in international human rights treaties. The article gives an overview over the implementation of the right to vote. It deals with restrictions on who can vote in national elections (e.g. disenfranchisement of prisoners and persons with disability). It outlines both international standards and curiosities regarding universal suffrage.

Anna Lübke: Flüchtlingspolitik in der Krise: Unilaterale und kooperative Obergrenzen

Nachdem das europäische Allokationsregime unter dem Druck der sog. Flüchtlingskrise zu zerfallen drohte, wird derzeit um eine Reform gerungen. Die EU-Kommission hat einen Reformentwurf für die Dublin-Verordnung und weitere Reformpakete vorgelegt. Ein zentrales Element der sich abzeichnenden neuen Strategie ist die Idee, Europa insgesamt zu entlasten, indem Schutzgesuche auf der Grundlage von Migrationspartnerschaften an außereuropäische Transitstaa-

ten zurückverwiesen werden („kooperative Obergrenze“). Inwieweit sich Reformen politisch durchsetzen lassen werden, ist ungewiss, insofern behält auch das Thema unilateraler definierter Obergrenzen Konjunktur. In dem Beitrag werden zunächst einige teils menschenrechtlich verankerte Prinzipien für die Zuordnung von Schutzsuchenden zu Schutzstaaten dargestellt. Auf dieser Basis werden dann die Strategien der unilateralen Entlastung von Schutzgesuchen durch die Festlegung nationaler Obergrenzen sowie der gesamt-europäischen Entlastung durch die Rückführung Schutzsuchender an außereuropäische Transitstaaten diskutiert und bewertet.

Asylum policies in times of crisis: Unilateral capping and cooperative capping

The European Union is striving for a reform of the Common European Asylum System in response to the refugee crisis. The Commission has made proposals for a Dublin regulation recast and further reform packages. A core element of the new European asylum strategy is to unburden Europe by deflecting claimants to non-European transit states on the basis of migration partnerships. To which extent the Commission's proposals will be enacted is uncertain. Thus the debate on unilateral capping is still topical. This contribution puts forward a set of human rights based principles guiding the allocation of refugee responsibility. By this measure the two strategies of unilateral capping and of deflecting claimants to non-European transit states (cooperative capping) are discussed and evaluated.

AUTORINNEN UND AUTOREN

Heiner Bielefeldt hat den Lehrstuhl für Menschenrechte und Menschenrechtspolitik an der Universität Erlangen-Nürnberg inne; von 2010 bis 2016 war er UN-Sonderberichterstatter für Religions- und Weltanschauungsfreiheit.

Andreas Cassee ist promovierter Philosoph und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Philosophie der Universität Bern.

Elisabeth Greif ist Assoziierte Professorin am Institut für Legal Gender Studies der Johannes Kepler Universität Linz.

Morten Kjaerum ist Direktor des Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law in Lund (Schweden); er leitete zuvor die European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) in Wien und war Gründungsdirektor des Danish Institute for Human Rights.

Markus Krajewski hat den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) inne; er ist Sprecher des Centre for Human Rights Erlangen-Nürnberg (CHREN) an der FAU.

Michael Krenmerich ist habilitierter Hochschullehrer am Lehrstuhl für Menschenrechte und Menschenrechtspolitik der Universität Erlangen-Nürnberg und Vorsitzender des Nürnberger Menschenrechtszentrums.

Ingrid Leijten ist promovierte Juristin und Assistant Professor am Department of Constitutional and Administrative Law of the Leiden University Faculty of Law.

Anna Lübke ist Professorin für Öffentliches Recht und ADR sowie Kodirektorin des Centrums für interkulturelle und europäische Studien (CINTEUS) an der Hochschule Fulda.

Samuel Moyn ist seit Juli 2017 Rechts- und Geschichtspräsident an der Yale University (USA). International bekannt wurde er durch sein Buch „The Last Utopia. Human Rights in History (2010).

Eibe Riedel ist emeritierter Professor für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Mannheim. Von 1997 bis 2012 war er Mitglied im UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

Alexander Somek ist Professor für Rechtsphilosophie und Methoden der Rechtswissenschaften am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien.