

Britta Leisering

MENSCHENRECHTE AN DEN EUROPÄISCHEN AUSSENGRENZEN

Das Ringen um Schutzstandards für Flüchtlinge

Studien zur Weltgesellschaft

campus

Menschenrechte an den europäischen Außengrenzen

Studien zur Weltgesellschaft – World Society Studies
Herausgegeben von Bettina Heintz, Boris Holzer und Matthias Koenig
Band 2

Britta Leisering, Dr. phil., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Deutschen
Institut für Menschenrechte in Berlin.

© Campus Verlag GmbH

Britta Leisering

Menschenrechte an den europäischen Außengrenzen

Das Ringen um Schutzstandards für Flüchtlinge

Campus Verlag
Frankfurt/New York

© Campus Verlag GmbH

Die Studie wurde im Juli 2014 unter dem Titel »Geltungsgrenzen und Grenzverschiebungen. Zur Universalisierung der Menschenrechte in der westeuropäischen Ausländerpolitik« an der Fakultät für Soziologie der Universität Bielefeld als Dissertation verteidigt. Mein herzlicher Dank gilt meinen Betreuerinnen Prof. Dr. Bettina Heintz und Prof. Dr. Ulrike Davy. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft verdanke ich die Förderung der Arbeit durch ein dreijähriges Promotionsstipendium im Rahmen des Graduiertenkollegs 844 »Weltgesellschaft – Die Herstellung und Repräsentation von Globalität«. Der Bielefeld Graduate School in History and Sociology verdanke ich eine finanzielle Unterstützung der Lektoratskosten.

Die Veröffentlichung dieses Buches wurde von der Hamburger Stiftung zur Förderung von Wissenschaft und Kultur finanziert. Ihr sei dafür ebenfalls herzlich gedankt.

Meinen Eltern

ISBN 978-3-593-50546-6 Print

ISBN 978-3-593-43500-8 E-Book (PDF)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Copyright © 2016 Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Gesetzt aus: Garamond

Druck und Bindung: CPI buchbücher.de, Birkach

Gedruckt auf Papier aus zertifizierten Rohstoffen (FSC/PEFC).

Printed in Germany

www.campus.de

© Campus Verlag GmbH

Inhalt

- Einführung 9

- 1. Jeder Mensch hat Rechte: Rechtsschutz für Ausländer im Staatsgebiet 17
 - 1.1 Judicial Activism: Gerichte und die Entwicklung von Schutzansprüchen 19
 - 1.1.1 Nationaler Grundrechtsschutz: National law for non-nationals 21
 - 1.1.2 Rechtsgarantien von europäischer Ebene:
Non-national law for non-nationals 24
 - 1.1.3 Zitation supranationaler Rechtsprechung im Nationalen 31
 - 1.1.4 Zwischenfazit: Ebenen übergreifendes Zusammenwirken der Gerichte 33
 - 1.2 Rights Claims: NGOs als Katalysatoren sozialen Wandels 35
 - 1.2.1 Das Engagement des französischen GISTI für Gastarbeiter 36
 - 1.2.2 Klagen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte .. 38
 - 1.3 Fazit: Ausweitung des personalen Anwendungsbereichs der Grund- und Menschenrechte 40

- 2. Rechtsfreie Räume? Menschenrechte auf extraterritorialem Gebiet 43
 - 2.1 Territorialität des Rechts: Staatsgrenzen als rechtliche Geltungsgrenzen 44
 - 2.1.1 Die Bindung des modernen Rechts an den Staatsraum 44
 - 2.1.2 Die Geltungsweite der Menschenrechte 46
 - 2.2 Diskrepanzen: Entgrenzte Amtsgewalt, begrenzte Rechte 49
 - 2.2.1 Im fremden Staatsgebiet: Die USA und der Kampf gegen den Terrorismus 50

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.2.2 | Externalisierte Gebiete: Grenzkontrollen in Transitzonen und heimischen Küstengewässern | 51 |
| 2.2.3 | Staatsfreie Räume: Abfangen von Bootsflüchtlingen auf Hoher See | 55 |
| 2.3 | Fazit: Ausweichen staatlicher Schutzverpflichtungen auf extraterritorialem Gebiet | 62 |
| 3. | Menschenrechte in Transitzonen: Grenzkontrollen am Flughafen Paris-Charles de Gaulle | 65 |
| 3.1 | Die Transitzone: Ein extraterritorialer Raum? | 66 |
| 3.1.1 | Polizeikontrollen auf externalisiertem Gebiet | 66 |
| 3.1.2 | Zivilgesellschaftlicher und gerichtlicher Druck | 70 |
| 3.1.3 | Zwischenfazit: Reterritorialisierung des umstrittenen Grenzraums | 76 |
| 3.2 | Die »Wartezone«: Verrechtlichung der Verwaltungspraxis | 77 |
| 3.2.1 | Der Rechtsrahmen: Alter Wein in neuen Schläuchen | 78 |
| 3.2.2 | Sonderstatus von Wartezonen | 85 |
| 3.3 | Grenzkontrollen versus Menschenrechtsschutz | 90 |
| 3.3.1 | Organisationssoziologische Analyse der Polizeipraxis | 90 |
| 3.3.2 | NGO und Polizei spielen »Katz-und-Maus« | 93 |
| 3.3.3 | Zwischenfazit: Tauziehen mit rechtlichen Mitteln | 109 |
| 3.4 | Fazit: Die Transitzone bleibt ein Sonderraum geringeren Rechtsschutzes | 111 |
| 4. | Menschenrechte auf Hoher See: Grenzkontrollen im Mittelmeer | 115 |
| 4.1 | Prolog: Die extraterritoriale Menschenrechtsgeltung als neue völkerrechtliche Entwicklung | 116 |
| 4.1.1 | (R-)Evolution: Fortentwicklung der Menschenrechte durch richterliche Rechtsinterpretation | 117 |
| 4.1.2 | Jurisprudenz: Präzedenzurteile zur extraterritorialen Anwendung der Menschenrechte | 119 |
| 4.1.3 | Agenten des Wandels: Transnationale Gemeinschaft von Rechtsexperten und NGOs | 129 |
| 4.1.4 | Zwischenfazit: Am historischen Wendepunkt – Dekonstruktion einer ausschließlich territorialen Basis der Rechtsgeltung | 132 |

| | |
|---|-----|
| 4.2 Ausgangslage: Unklarheiten im Umgang mit Migranten im zentralen Mittelmeer | 133 |
| 4.2.1 Seenotrettung: Streit um die Ausschiffung geretteter Migranten | 134 |
| 4.2.2 Grenzkontrollen: Regelungslücken bei Frontex-Einsätzen | 145 |
| 4.3 Entscheidungsprozesse auf Ebene der Europäischen Union: Leitlinien für Frontex-Einsätze | 149 |
| 4.3.1 Ausgangspunkt: Juristische Expertise der Europäischen Kommission | 150 |
| 4.3.2 Arbeitsgruppe aus Regierungsvertretern und Sachverständigen | 153 |
| 4.3.3 Das Komitologieverfahren: Beschlussfassung im Europäischen Rat und Parlament | 162 |
| 4.3.4 Reform der Frontex-Verordnung: Stärkung der Menschenrechte im Rechtsrahmen der Agentur | 171 |
| 4.3.5 Zwischenfazit: Anerkennung der extraterritorialen Menschenrechtsgeltung auf Hoher See | 177 |
| 4.4 Die italienische »push back policy«: Zurückweisungen von Hoher See nach Libyen | 179 |
| 4.4.1 Italienisch-libysche Kooperation für Grenzkontrollen | 179 |
| 4.4.2 Hirsi v. Italy: Italien vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte | 181 |
| 4.5 Fazit: Entkopplung der Menschenrechtsgeltung vom Staatsraum | 191 |
| Schluss: Universalisierung der Menschenrechte durch staatsferne Rechtsprozesse | 195 |
| Abkürzungen | 207 |
| Dokumente | 209 |
| Literatur | 221 |

Einführung

Vielen von uns erscheint es selbstverständlich, dass die Menschenrechte für jeden Menschen und überall gelten. Doch dem ist wider Erwarten nicht so: Um irreguläre Einreisen zu verhindern, werden Einwanderungskontrollen in Europa heute oft *außerhalb* des eigenen Staatsgebietes durchgeführt. Dabei ist umstritten, welche Schutzstandards dort einzuhalten sind. Denn die Menschenrechte als Rechtsnormen in internationalen Verträgen gelten im Hoheitsbereich der Staaten (»within their jurisdiction«) und dies wird traditionell als Geltung im eigenen Territorium interpretiert. Wie steht es daher um die Rechte von Flüchtlingen und Migranten, die an den europäischen Außengrenzen – auf Hoher See oder in Transitzonen – abgefangen und kontrolliert werden?

Dieser Frage geht das Buch nach, wenn es sich mit den rechtlichen Geltungsgrenzen der Menschenrechte befasst. Nicht wenige Regierungen sind derzeit davon überzeugt, dass sie jenseits ihres Staatsgebietes nicht zum Menschenrechtsschutz verpflichtet sind – davon zeugt nicht zuletzt der US-amerikanische Umgang mit Terrorismusverdächtigten in *Guantánamo Bay*. In Europa wird dieses Argument vor allem in der Migrationspolitik vorgebracht. Regierungen berufen sich auf diese Interpretation, um sich auf extraterritorialem Gebiet den politischen Umgang mit Ausländern zu erleichtern, deren dauerhaften Aufenthalt sie im Land nicht wünschen.¹

Das Buch analysiert dieses Phänomen und bringt es mit folgenden Überlegungen in Verbindung: Einerseits schlägt es eine Genealogie extraterritorialer Migrationskontrollen vor, indem es sie als eine Folge der Stärkung des

¹ Der Begriff »Ausländer« (Nichtstaatsbürger) wird in dieser Arbeit im Gegensatz zu dem des »Inländers« (Staatsbürger) benutzt und verweist damit auf den *rechtlichen Status* einer Person. Er ist also keinesfalls abwertend gemeint. Dazu gehören sowohl Einwanderer und Flüchtlinge als auch Touristen. Einige dieser Menschen benötigen menschenrechtlichen Schutz in anderen Ländern. Ein allgemeiner Hinweis: Die im Buch gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf weibliche und männliche Personen. Auf eine Doppelbezeichnung wurde zugunsten einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

Rechtsstatus von Ausländern *innerhalb* des Staatsgebietes beschreibt. Diese Entwicklung begann in den 1970er Jahren und hält bis heute an. Sie wird im Tandem durch zivilgesellschaftliche Organisationen (NGOs), die sich für die Rechte von Ausländern einsetzen, sowie durch hohe nationale Gerichte und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erreicht. Dadurch verengen sich die staatlichen Handlungsspielräume maßgeblich und es fällt Regierungen zunehmend schwer, ausländische Personen auszuweisen oder ihre Rechte einzuschränken. Um Zuwanderung frühzeitig zu verhindern, verlagern sie daher Einreisekontrollen in extraterritoriale Gebiete; dort können sie der Wirkmacht der Menschenrechte ausweichen und unabhängiger von juristischer Kontrolle agieren. Das Buch zeigt andererseits auch, welche Gegenreaktionen auf diese Praktiken festzustellen sind: Dieselben Akteure, die sich für die Rechte von Ausländern im Staatsgebiet einsetzen, etablieren sich als Gegenspieler der restriktiven Einwanderungspolitik. Sie setzen sich für die extraterritoriale Geltung der Menschenrechte überall dort ein, wo politische Hoheitsgewalt ausgeübt wird – auch auf Hoher See. In der Analyse zeigt sich, wie internationale Gerichte und menschenrechtliche Kontrollgremien das Prinzip immer häufiger anwenden und diese neue Rechtsinterpretation durch rechtswissenschaftliche Experten und NGOs weitergetragen wird. Durch ihr Engagement wirken sie darauf hin, dass aktuell noch bestehende räumliche Geltungsgrenzen der Menschenrechte allmählich aufgehoben werden.

Das Buch zeichnet diese Entwicklungen in Westeuropa in den letzten 40 Jahren nach. Untersucht wird, wie um Schutzstandards für Flüchtlinge gerungen wird – zunächst um eine Ausweitung des Rechtsschutzes innerhalb des Staatsgebietes, dann für die Geltung der Menschenrechte auch auf extraterritorialem Gebiet. Ausgangspunkt dieser Entwicklungen ist die historische Kopplung der Menschenrechte an den Nationalstaat.

Zur Ausgangssituation: Die Kopplung der Menschenrechte an den Nationalstaat

Das Prinzip der Menschenrechte besteht darin, dass jedem Menschen überall auf der Welt Rechte zukommen. Doch als Rechtsnormen verankert, wurden sie derart stark auf die Nationalstaatlichkeit bezogen, dass sie in zweifacher Weise in ihrer Anwendung begrenzt wurden.

Erstens waren die Menschenrechte lange Zeit in personeller Hinsicht begrenzt. Seit dem 18. Jahrhundert sind die Menschenrechte in den nationalen Verfassungen als Grundrechte verankert. Als Staatsbürgerrechte waren

sie für die Mitglieder der ethnischen, sprachlichen und kulturellen Gemeinschaft gedacht und sollten die Bürger vor Übergriffen der eigenen Regierung schützen. Ausländern blieb dieser Schutz verwehrt. Zwar enthalten die Grundrechte einen Katalog basaler Rechte, der auch für Ausländer gilt (sogenannte »Jedermannsrechte«), doch wirkte sich das in der Rechtspraxis lange Zeit nicht aus: Weder bezogen sich ausländische Personen darauf, noch wurden sie durch Dritte darin unterstützt oder dazu angehalten. Überraschenderweise galt dies bis in die 1970er Jahre genauso für die internationalen Menschenrechte. Sie galten zwar zweifelsohne in ihrer Gesamtheit für jeden Menschen, boten also einen möglichen Referenzrahmen für Flüchtlinge und Migranten in fremden Staaten, doch belegen neuere historische Studien, dass ihnen in der Nachkriegszeit wenig Bedeutung zugemessen wurde.² Sie wirkten sich also kaum auf individuelle Rechtsansprüche aus, weder auf juristischer Ebene noch im politischen Diskurs. Somit hatten sie zunächst keinen Einfluss auf die westeuropäische Ausländerpolitik. Das heißt, Länder wie Deutschland und Frankreich begrüßten seit den 1950er Jahren die Einreise von Gastarbeitern, doch deren Aufenthaltsstatus und die ihnen zugemessenen Leistungen lagen im alleinigen Ermessen staatlicher Behörden.

Zweitens sind die Menschenrechte durch ihre Kopplung an den Nationalstaat auch in räumlicher Hinsicht begrenzt. Es gibt bis heute keine Rechte und Grundfreiheiten, die geografisch ungebunden gelten. Auch hierfür ist die Bindung von Politik und Recht an den Nationalstaat verantwortlich. Denn staatlich gesetztes modernes Recht gilt traditionell im eigenen Staatsgebiet als exklusiver Ort souveräner Machtausübung. Nur dort darf ein Staat auf Basis demokratischer Ermächtigung bindende Gesetze verabschieden; außerhalb des eigenen Territoriums herrscht ein anderer Souverän und dort gilt anderes Recht. Als völkerrechtliche Rechtsnormen unterliegen daher auch die Menschenrechte der Territorialität des Rechts: Wenn ein Staat eine internationale Menschenrechtskonvention ratifiziert, verpflichtet er sich, die dort enthaltenen Rechte für alle Personen in seinem Hoheitsbereich anzuwenden, was nach traditioneller Rechtsauffassung als Geltung im eigenen Staatsgebiet interpretiert wird. Staatsgrenzen werden damit zu menschenrechtlichen Geltungsgrenzen.

Diese machen sich bemerkbar, wenn Regierungen außerhalb ihres Territoriums handeln und dort Ausländer im Kampf gegen den Terror festsetzen,

2 Vgl. Hoffmann, »Zur Genealogie der Menschenrechte«, in: ders. (Hg.), *Moralpolitik*, 2010, S. 7–37, hier S. 7; vgl. auch Eckel, Moyn (Hg.), *Moral für die Welt*, 2012.

gegen grenzüberschreitende Kriminalität oder irreguläre Einwanderung vorgehen, weil sie sich auf extraterritorialem Gebiet nicht an die Menschenrechte gebunden sehen. Emblematisch dafür steht das US-amerikanische Militärlager *Guantánamo Bay* auf Kuba, in das die Regierung nach den Anschlägen auf das *World Trade Center* »feindliche Kämpfer« internierte. Bis heute ist die US-amerikanische Regierung davon überzeugt, Menschenrechte würden außerhalb des eigenen Staatsgebietes keine juristische Bindungswirkung entfalten.

Doch auch westeuropäische Regierungen verlassen sich auf die traditionelle Kopplung der Rechtsgeltung an das Staatsgebiet. Hiervon zeugen Grenzkontrollen in der Transitzone des internationalen Pariser Flughafens Charles de Gaulle, von der die französische Regierung in den 1980er Jahren behauptete, sie läge außerhalb Frankreichs. Ihre Grenzpolizisten handelten demnach auf angeblich extraterritorialem Gebiet, was es ihnen erleichterte, Personen zurückzuweisen, die keine gültigen Dokumente vorweisen konnten oder deren Einreise verhindert werden sollte. Auch bei Einwanderungskontrollen auf der Hohen See des Mittelmeeres wurde die Geltung der Menschenrechte bestritten. Dort fingen europäische Beamte Flüchtlinge und Migranten vor der offiziellen Einreise ab und schoben sie an die afrikanischen Küsten zurück. Diese Praktiken zeigen, dass jeder extraterritoriale Raum als Lücke im internationalen Schutzsystem dienen kann und die Menschenrechte bis heute nicht überall angewandt werden.

Nationale Souveränität unter Druck: Die Entgrenzung von Schutzansprüchen

Die letzten 40 Jahre zeugen – so das Ergebnis des Buches – von einer »doppelten Universalisierung« der Menschenrechte: Sie werden nicht nur zunehmend für alle Menschen angewendet, sondern auch überall. Es ist demnach eine faktische Entgrenzung von Schutzansprüchen festzustellen. Das Buch rekonstruiert die Prozesse, durch die es dazu kommt. Es zeichnet die Entwicklungen soziologisch nach und verweist auf relevante Akteure und deren Strategien. Dies ist der wichtigste Ertrag der Arbeit.

Der Ausgangspunkt der Entgrenzung von Schutzansprüchen liegt im Engagement der Zivilgesellschaft. In den 1970er Jahren begannen verschiedene Akteure in Westeuropa, sich für die Rechte von Gastarbeitern und Flüchtlingen zu engagieren. NGOs, die sich für die Ausländer auf die Grundrechte der nationalen Verfassungen und auf die internationalen Menschenrechte bezogen, forderten die nationale Souveränität heraus. Ihr

Anliegen war es, die Ausländerpolitik an rechtsstaatlichen Prinzipien auszurichten. Sie forderten die Regierungen dazu auf, allen Menschen fundamentale Rechte zu gewähren, unabhängig davon, ob es sich um Inländer oder Ausländer handelte. Dazu musste keineswegs neues Recht verabschiedet werden; um die Stellung von Ausländern zu stärken, konnten sich die NGOs auf bereits existierende Rechtsnormen beziehen. Dies sind erstens die nationalen Grundrechte, die vormals nicht auf ausländische Personen angewandt wurden, und zweitens die internationalen Menschenrechte, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), deren Wirkung sich in der Rechtspraxis noch nicht entfaltet hatte. NGOs wurden zu wichtigen Gegenspielern von Regierungen und Behörden, weil sie Klagen bei nationalen und internationalen Gerichten einreichten und in einer unabhängigen Judikative eine einflussreiche Verbündete fanden. Durch die Urteile wurden staatliche Behörden dauerhaft an bestimmte Rechtsverpflichtungen gebunden. Diese Entwicklung hält bis heute an, ist also noch nicht abgeschlossen.

Die extraterritoriale Menschenrechtsgeltung ist demgegenüber eine neue und revolutionäre Entwicklung im Menschenrechtsbereich. Die Fallanalysen zu den Rechten von Flüchtlingen in der internationalen Zone des Pariser Flughafens Charles de Gaulle und auf der Hohen See des Mittelmeeres zeigen: Um zu verhindern, dass staatliche Beamte Flüchtlinge abfangen, ohne ihnen Schutz zu gewähren, berufen sich NGOs und rechtswissenschaftliche Experten abermals auf geltendes Recht, ziehen die Hilfe der Gerichte und menschenrechtlicher Kontrollgremien hinzu. Diese legen die in den internationalen Konventionen festgelegte Geltungsweite der Menschenrechte neu aus: Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) ist nicht mehr an das Staatsgebiet gekoppelt, sondern als Kriterium immer dann erfüllt, sobald staatliche Beamte *effektive Kontrolle* über eine Person oder ein Gebiet ausüben, unabhängig davon, wo dies geschieht. Damit wird die Geltungsweite der Menschenrechte maßgeblich ausgedehnt, ja, geradezu entgrenzt. Die extraterritoriale Menschenrechtsgeltung bricht nicht nur mit der klassischen Territorialität im Völkerrecht, sondern kann zukünftig starke Auswirkungen auf die Weltpolitik haben, zum Beispiel im Rahmen von Militäreinsätzen im Ausland. Zu einer Verfestigung dieser neuen Rechtsmeinung kommt es durch Prozesse, bei denen zivilgesellschaftliche Akteure sowie Gerichte und menschenrechtliche Kontrollgremien dieses Prinzip in einer Vielzahl politischer Bereiche geltend machen.

Grundlage einer Soziologie der Menschenrechte: Menschenrechte als soziale Institution

Lange Zeit überließ die Soziologie die Auseinandersetzung mit den internationalen Menschenrechten den Juristen und Philosophen.³ Die Soziologie als Wissenschaft »sozialer Tatsachen« (Emile Durkheim) hat sich zunächst nicht mit ihnen befasst, da sich die Idee universeller Menschenrechte lange Zeit kaum auf die Gesellschaftsstrukturen auswirkte. Gleichzeitig bildete sich eine Soziologie der Staatsbürgerschaft (*citizenship studies*) heraus, die sich mit den Menschenrechten als Bürgerrechten befasste. Erst in den 1990er Jahren, gleichzeitig mit der Hochkonjunktur des globalen Menschenrechtsdiskurses und eines zunehmenden Interesses an Globalisierungsprozessen, rückten die internationalen Menschenrechte als Forschungsthema ins soziologische Blickfeld.⁴

Seither gibt es verschiedene soziologische Ansätze, Menschenrechte theoretisch und empirisch zu erfassen. Aufgrund des multiparadigmatischen Ansatzes der Soziologie als Wissenschaftsdisziplin liefert die Soziologie der globalen Menschenrechte keine einheitliche Erklärung.⁵ Worin liegt aber die Gemeinsamkeit dieser soziologischen Ansätze und was zeichnet sie aus? Die Menschenrechte sind aus soziologischer Perspektive Produkte sozialen Handelns und gesellschaftlich geformt. Als soziale Institution sind sie geteilte Erwartungen – wir halten an ihnen fest und gehen davon aus, dass andere genauso denken wie wir.⁶ Damit wird gleichsam deutlich, dass bestimmte Erwartungen zwar in Rechtsform auf Dauer gestellt sein mögen, doch die Interpretation dessen, was dies bedeutet, etwa was den Kreis der Rechtsträger oder den räumlichen Geltungsbereich angeht, unterliegt einem stetigen Wandel. Für wen und wo sie zu gelten haben ist also variabel und ändert sich im Zeitverlauf. Diese konstruktivistische Perspektive eröffnet empirische Zugänge zu den Prozessen, die einen Wandel im Menschenrechtsbereich bewirken.⁷

3 Vgl. Freeman, *Human Rights*, 2002, S. 6f. und S. 77; Turner, *Outline of a Theory of Human Rights*, 1993, S. 489.

4 Siehe Madsen/Verschraegen, *Making Human Rights Intelligible*, 2013.

5 Einen Überblick über die aktuelle Forschung gibt Bettina Heintz, *Die Weltgesellschaft und ihre Menschenrechte*, 2015.

6 Zum soziologischen Institutionsbegriff siehe Schülein, *Theorie der Institution*, 1987; siehe auch Luhmann, *Institutionalisierung*, 1970; ders., *Institutionalisierung*, 1987, S. 66f.

7 So auch Madsen und Verschraegen, die feststellen, »individual rights are constructed by and in society« (ders., *Making Human Rights Intelligible*, 2013, S. 9), und Lydia Morris, die schreibt, »universal human rights are historically and socially contingent, the product

Die vorliegende Studie reiht sich hier ein. Sie ist nicht als normatives Plädoyer für oder gegen eine möglichst weite Anwendung der Menschenrechte zu lesen, sondern beobachtet und beschreibt die sozialen Mechanismen, die eine Universalisierung der Menschenrechte herbeiführen. Die Triebkraft dieser Prozesse ist die Erwartung zivilgesellschaftlicher Akteure, die davon ausgehen, Menschenrechte müssten für alle Menschen und überall gelten. Dieses Verständnis von Menschenrechten als *universelle Rechte* verträgt sich offensichtlich nicht mit dem aktuellen rechtlichen Geltungsstand der Menschenrechte und somit mit den Erwartungen von Regierungsvertretern, das heißt mit der traditionellen Kopplung der Rechtsgeltung an die Bevölkerung und an den Staatsraum. Beides wird als nicht zeitgemäß infrage gestellt. Während das Recht (*law*) traditionell an den Nationalstaat gekoppelt ist, werden subjektive Rechte (*rights*) als natürliche Ansprüche gesehen, die für alle Menschen und an jedem Ort der Welt gelten müssen. Die Idee universeller Rechte im Gegensatz zum modernen, staatsraumgebundenen Recht ist also die zentrale Bruchlinie, an der sich die Dynamik der Universalisierungsprozesse entfaltet, die in diesem Buch beschrieben werden.

of a particular time, place and set of circumstances, and a work in permanent progress« (dies., *Rights. Sociological Perspectives* 2006, S. 16). Ähnlich auch Joas, der als Aufgabe der Soziologie eine »sachgemäße Rekonstruktion historischer Prozesse« bezeichnet und darin einen wichtigen Unterschied zu philosophischen Studien zur Geltungsbegründung sieht (ders., *Die Sakralität der Person*, 2011, S. 12ff.).

1. Jeder Mensch hat Rechte: Rechtsschutz für Ausländer im Staatsgebiet

Einwanderer befanden sich im Europa der Nachkriegszeit in einer unsicheren Lage. Sie waren als Gastarbeiter wirtschaftlich erwünscht, doch sollten sie sich nicht dauerhaft ansiedeln und in absehbarer Zeit in ihre Heimatländer zurückkehren. Auch Flüchtlinge sollten nur bleiben, solange die Krisensituation zuhause fortbestand. Der Aufenthalt ausländischer Personen konnte leicht widerrufen werden und war noch dazu von einer Fülle behördlicher Regelungen bestimmt, die genauso undurchsichtig wie unübersichtlich waren. Die Verwaltungsbeamten orientierten sich an inhaltlich strengen, doch sehr allgemein gehaltenen Ausländergesetzen, deren Absätze mit »Aufenthaltslaubnis«, »Ausweispflicht« und »Abschiebungshaft« überschrieben waren (so Auszüge des deutschen Rechtstextes von 1965).¹ Sie gestalteten die Gesetze durch etliche nachrangige Regelungen aus, um sie politisch handhabbar zu machen; dafür waren ihnen beachtliche Handlungsfreiräume gegeben. Sie konnten Ausländer bereits ausweisen, wenn diese beispielsweise falsche Angaben gegenüber einer amtlichen Stelle gemacht hatten oder als Landstreicher umherzogen.² Die Einwanderer konnten ihrerseits weder wirksam Einspruch gegen behördliche Entscheidungen einlegen, noch auf eine richterliche Kontrolle der Verwaltungspraxis hoffen. Diese Situation lässt sich für Frankreich so beschreiben:

»Between 1945 and 1980 [...] a maze of decrees, circulars, departmental memos or even telexes regulated the foreigners' situation in a complex, dense and obscure way; they are generally not published and often change. *On navigue à vue*, often without respecting the rule of law, without judicial control and sometimes in an arbitrary fashion.«³

1 Vgl. Ausländergesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 28. April 1965, Bundesgesetzblatt Nr. 19, 8. Mai 1965.

2 Ebd., § 10 Ausweisung.

3 Wihitol de Wenden, *Les immigrés et la politique*, 1988, S. 168 (Hervorhebung im Original).

Auch in Deutschland sah es nicht besser aus:

»The sizeable foreigner population was ruled by a jungle of non-transparent and wholly discretionary administrative decrees in which German state interests were supreme and no rights whatsoever existed on part of the foreigners.«⁴

In den 1970er Jahren setzte jedoch eine neuartige Entwicklung ein: Während die Lebenslage von Einwanderern in den 1950er und 1960er Jahren noch als soziale Ungleichheit und wirtschaftliche Benachteiligung thematisiert wurde, beharren Nichtregierungsorganisationen (NGOs) seither darauf, dass staatliche Stellen Ausländer als Menschen mit Rechten anerkennen und sie auch demgemäß behandeln sollten. Die Organisationen argumentieren, dass auch Gastarbeitern und Flüchtlingen der nationale Grundrechtsschutz zustehe und die Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) für sie umzusetzen seien. Sie bringen demnach bestehendes Recht für ausländische Personen in Anschlag und suchen es für sie geltend zu machen. Dazu reichen sie zahlreiche Klagen bei Verfassungs- und Verwaltungsgerichten sowie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg ein. Auf diese Weise ermöglichen sie der Richterschaft, die Rechtstexte auf Problemlagen ausländischer Personen zu beziehen und Schutzgarantien für sie herauszuarbeiten. Seither schränkt die Rechtsprechung die behördliche Macht über Ausländer nachhaltig ein und entwickelt sich stetig weiter. Erst durch diese Prozesse werden die Grund- und Menschenrechte zum realen Prüfstein der westeuropäischen Ausländerpolitik.

Dieses Kapitel beleuchtet die besondere Rolle, die Gerichte und NGOs als Gegenspieler der staatlichen Ausländerpolitik für den Rechtsschutz für Ausländer spielen. Im ersten Teil wird die Rechtsprechung nationaler Gerichte und die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg untersucht. Dazu werden rechts- und politikwissenschaftliche Studien der 1980er und 1990er Jahre neu gelesen und ausgewertet. Es wird gezeigt, welche Rechte für Ausländer stark gemacht werden und inwiefern die Gerichte in ihrer Rechtsauslegung konvergieren. Im zweiten Teil geht es um das Engagement von NGOs, die als Katalysatoren sozialen Wandels wirken, indem sie Präzedenzfälle vor die Gerichte bringen, die gezielt danach ausgesucht wurden, ob ein richterliches Urteil zu strukturellen Änderungen der staatlichen Ausländerpolitik und damit zu einer besseren Rechtsstellung von Ausländern führen würde. Ihr Einsatz auf nationaler Ebene wird anhand der französischen Organisation GISTI (*Groupe d'Information et de Soutien*

4 Joppke/Marzal, Courts, the New Constitutionalism and Immigrant Rights, 2004, S. 826.

des Immigrés) vorgestellt. Danach geht es um Klageaktivitäten von NGOs vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Abschließend wird das Fazit gezogen, dass die hier beschriebenen empirischen Prozesse eine Ausweitung des personalen Anwendungsbereichs der Grund- und Menschenrechte bewirken – ein bedeutender Schritt in Richtung ihrer tatsächlich universellen Geltung für jeden Menschen.

1.1 Judicial Activism: Gerichte und die Entwicklung von Schutzansprüchen

In der Nachkriegszeit wurde den Gerichten eine stille Rolle im Hintergrund der westeuropäischen Demokratien zuedacht. Erst allmählich entwickelten sie sich zu einer wirksamen Kontrollinstanz staatlicher Politik: Sie prüfen staatliche Gesetze und Verwaltungsakte darauf, ob sie grundrechts- bzw. menschenrechtskonform waren und erklären sie im gegenteiligen Fall als nichtig. Ihr Ziel ist es, einzelne Personen (Bürger wie auch Nichtstaatsbürger) in verschiedenen Politikbereichen vor übermäßiger Machtausübung der Exekutive zu schützen. Dazu beziehen sie sich auf die Freiheits- und Persönlichkeitsrechte der nationalen Verfassungen sowie die Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention und führen so individuelle Schutzgarantien ein. Diese Entwicklung wird in der rechts- und politikwissenschaftlichen Literatur als »judicialization of politics« oder »new constitutionalism«⁵ bezeichnet. Sie ist auch in der westeuropäischen Ausländerpolitik zu beobachten.

Mittlerweile liegen vergleichende Studien zur Rechtsprechung in Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Spanien und den Niederlanden vor. Dort ist im Kern eine ähnliche Entwicklung zu beobachten: Die Gerichte schützen zunächst Rechte für Ausländer im Verwaltungsverfahren; danach stärken sie sogar das Bleiberecht von Personen, denen durch eine Abschiebung Gefahr im Heimatstaat gedroht hätte (dies betrifft Flüchtlinge) oder die von ihrer Familie getrennt worden wären (dies betrifft langzeitanässige Einwanderer) – dies tun sie auch ausdrücklich gegen das politische

⁵ Einschlägig Shapiro/Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, 1994; Stone Sweet, *Governing with Judges*, 2000.

Interesse der Regierungen. Dabei greifen die Richter so weit in die Ausländerpolitik ein, dass sie in der Literatur wiederholt als »de facto Gesetzgeber« bezeichnet werden.⁶ Sie setzen jedoch kein neues Recht, sondern weiten den Rechtsschutz *auf Basis existierender Normen* aus: Indem sie nationale Grundrechte und die Europäische Menschenrechtskonvention auf verschiedene Einzelfälle und Problemfelder anwenden, deuten sie den Schutzbereich der dort enthaltenen Rechte aus und spezifizieren ihn dahingehend, dass die Rechte auch auf ausländische Personen anwendbar sind. Durch eine anhaltende Rechtsprechung (Jurisprudenz), die ausländische Personen begünstigt, schaffen sie neue rechtsstaatliche Maßstäbe für die Politik. Wenn sich eine bestimmte Rechtsauslegung auf solche Art und Weise verfestigt, dann spricht man von Richterrecht.⁷

Diese Entwicklungen werden nun für Deutschland, Frankreich und Großbritannien rekonstruiert. Den Ländern ist gemeinsam, dass sie in der Nachkriegszeit eine große Anzahl Ausländer aufnahmen – die kontinental-europäischen Länder empfangen viele Gastarbeiter, während Großbritannien eine starke postkoloniale Migration zu verzeichnen hatte. Gleichzeitig stehen sie für andersartige nationale Rechtskulturen, die den eigenen Gerichten ungleich starke Rollen zuerkennen und sich in unterschiedlichem Maße offen für das internationale Menschenrecht zeigen. Dennoch lassen sich die beschriebenen Prozesse in allen drei Ländern zeigen, es handelt sich also um einen generellen Trend.

Insgesamt können drei Wege unterschieden werden, über die die Rechte von Ausländern gegenüber dem fremden Staat gestärkt werden: Erstens schützen Verfassungs- und Verwaltungsgerichte ausländische Personen, indem sie sich auf die Grundrechte der eigenen Verfassungen beziehen; dies ist besonders in Deutschland und Frankreich zu beobachten. Zweitens betätigt sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in gleicher

6 Shapiro/Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, 1994, S. 403; Joppke/Marzal, *Courts, the New Constitutionalism and Immigrant Rights*, 2004, S. 825 und S. 842; Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, 2007, S. 17. Das Engagement der Gerichte wird nicht immer positiv bewertet. Der häufigste und wichtigste Einwand gegen den »judicial activism« ist, dass richterliches Handeln ohne demokratische Ermächtigung stattfindet (vgl. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy*, 2003).

7 Vgl. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, 2011, S. 284–285; Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006, S. 7–19 und S. 135–146; Attanasio, *Rapporteur's Overview and Conclusions*, 1996, S. 390; Kirby, *The Role of the Judge in Advancing Human Rights*, 1988, S. 38 und S. 42.

Absicht auf supranationaler Ebene; dies trifft auf alle europäischen Länder zu und ist für Großbritannien besonders wichtig, wo der nationale Rechtsschutz für Ausländer nicht stark ist. Drittens beeinflusst die supranationale Rechtspraxis die Auslegung der nationalen Grundrechte, indem Verfassungs- und Verwaltungsgerichte sich auf die Urteile aus Straßburg beziehen und die Europäische Menschenrechtskonvention direkt in nationales Recht umsetzen. Es kommt damit zu einem Ebenen übergreifenden Zusammenwirken der Gerichte zum Rechtsschutz für Ausländer.

1.1.1 Nationaler Grundrechtsschutz: National law for non-nationals

Unveräußerliche Rechte jedes Individuums, die der Staat nicht antasten darf, sind bereits seit den Nationalstaatsgründungen in den Verfassungen verankert. Die Grundrechte waren ursprünglich als Bürgerrechte gedacht und auf die nationale Bevölkerung bezogen. Doch enthalten sie auch immer universelle Elemente, wenn sie im Wortlaut an das Menschsein und nicht an die Nationalität anknüpfen. So heißt es etwa im deutschen Grundgesetz: »Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich.«⁸ Diese Grundrechte sind nicht ausdrücklich auf Staatsbürger beschränkt, haben somit potenziell menschenrechtlichen Charakter; in Deutschland werden sie als »Jedermannsrechte« bezeichnet. Es wird im Folgenden geschaut, wie nationale Grundrechte auch für Ausländer geltend gemacht werden.

In Frankreich und in Deutschland ist der nationale Grundrechtsschutz ein wichtiger Hebel, um ansässigen Ausländern zu mehr Rechten gegenüber der staatlichen Verwaltung zu verhelfen.⁹ Die Regierungen antworteten auf die wirtschaftliche Rezession der 1970er Jahre, indem sie einen Einwanderungsstopp ausriefen und die Aufenthaltsberechtigungen ansässiger Gastarbeiter nicht mehr verlängerten. Doch hatten viele von ihnen Angehörige zu

⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. Teil III, 100-1 (zuletzt geändert durch Art. 1, Gesetz vom 23. Dezember 2014, BGBl. I, S. 2438), Art. 2 Abs. 2.

⁹ Einschlägig für Deutschland siehe Neuman, *Immigration and Judicial Review*, 1990, S. 35–85; für Frankreich siehe Guendelsberger, *The Right to Family Unification*, 1988 sowie ders., *Equal Protection*, 1993; für einen Vergleich zwischen Frankreich, Deutschland und den Niederlanden siehe Guiraudon, *International Human Rights Norms*, 1998 und Guiraudon/Lahav, *A Reappraisal of the State Sovereignty Debate*, 2000; eine hervorragende Studie zur Rechtsprechung in Deutschland, Frankreich und Spanien ist Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006.

sich geholt oder eine Familie vor Ort gegründet, sie waren im Land heimisch geworden und wollten nicht mehr gehen.¹⁰

Damals begannen nationale Gerichte, die Rechte der Einwanderer gegenüber dem Staat zu schützen. Zwar würden sie die politische Entscheidungshoheit über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern anerkennen – doch fände sie dort ein Ende, wo grundlegende Rechte der Ausländer verletzt würden. Dazu machen das deutsche und das französische Verfassungsgericht sowie das höchste französische Verwaltungsgericht bis heute das sogenannte »Verhältnismäßigkeitsprinzip« geltend: Die staatliche Verwaltung dürfe eine Entscheidung im öffentlichen Interesse nur durchsetzen, wenn diese die Rechte einer Person nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.¹¹ So stellte etwa der französische Verwaltungsgerichtshof (*Conseil d'État*) in einer Entscheidung aus dem Jahr 1974 klar, dass Ausländer nicht allein deshalb abgeschoben werden dürften, weil sie keine regulären Papiere (mehr) haben und aus Sicht der Verwaltung daher eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung (»menace pour l'ordre public«) darstellen würden. Vielmehr müssten unabhängige Richter prüfen, ob eine angeordnete Abschiebung die individuellen Rechte nicht unverhältnismäßig verletzen würde. Dazu seien die Rechte des Einzelnen gegen die Interessen des Staates abzuwägen.¹² Zu diesem Zweck lassen die Gerichte Berufungsrechte in die Verwaltungsverfahren einführen: Auch Ausländer können seither Berufung gegen eine behördliche Entscheidung einlegen, die im günstigsten Fall einen Verwaltungsakt (etwa eine Abschiebung) aufschiebt, bis ein Richter über dessen Rechtmäßigkeit entschieden hat.

Zu einem fairen Verwaltungsverfahren gehört nach Ansicht der Gerichte auch der Schutz der Freiheitsrechte von Ausländern: Die Abschiebehaft als solche sähen sie zwar als legitim an, jedoch gelte es, Ausländer gegen eine willkürlich lange Haftdauer zu schützen, diese also zeitlich zu begrenzen und auch die Haftbedingungen zu kontrollieren.¹³ Hier sah etwa das französische Verfassungsgericht (*Conseil Constitutionnel*) die nationalen Haftrichter (*Juges des*

10 Vgl. Herbert, *Geschichte der Ausländerpolitik*, 2003; Bade/Oltmer, *Normalfall Migration*, 2004, S. 71–75; Lockak/Fouteau, *Immigrés sous contrôle*, 2008, S. 19; Blanc-Chaléard, *Histoire de l'immigration*, S. 73ff.

11 Siehe Neuman, *Immigration and Judicial Review*, 1990; Joppke, *Asylum and State Sovereignty*, 1998; Guiraudon, *Citizenship Rights for Non-Citizens*, 1998, S. 299.

12 Vgl. Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006, S. 55 und S. 92; Conseil d'État, Ferrandiz Gil Ortega, Urteil vom 23. Juli 1974.

13 Siehe Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006, S. 93f.

Libertés et de la Détention) in der Pflicht, welche nach Artikel 66 der französischen Verfassung dazu berufen sind, die Freiheitsrechte zu schützen – dies sollten sie nunmehr auch für ausländische Personen tun.¹⁴

Darüber hinaus entscheiden die Gerichte in Deutschland wie in Frankreich in einer Vielzahl von Fällen, dass Abschiebungen immer dann unrechtmäßig sind, wenn dadurch Familien getrennt und Beziehungsnetzwerke aufgelöst werden: Ehepartner dürfen nicht ausgewiesen werden, wenn sie mit Staatsbürgern verheiratet sind. Ausländische Väter oder Mütter dürfen nicht von ihren minderjährigen Kindern getrennt werden, auch wenn sie selbst zum Aufenthalt nicht (mehr) formal berechtigt sind.¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich hierbei auf Artikel 6 des Grundgesetzes zum Schutz von Ehe und Familie. Zusätzlich wendet es das Prinzip des »Vertrauensschutzes« an: Ausländer, deren Aufenthaltserlaubnis jahrelang routinemäßig verlängert wurde, erwarteten zu Recht, dass sie auch weiterhin ein Bleiberecht hätten. In der Abwägung zwischen einwanderungspolitischen Interessen des Staates und dem individuellen Recht auf ein ungestörtes Familien- und Privatleben geben die Gerichte letzterem den Vorzug. So entwickeln sie aus verfassungsrechtlichen Prinzipien ein eigenständiges Bleiberecht für Ausländer – und dies gegen den Willen der Regierungen.

Das Recht auf Familie wird darüber hinaus so ausgelegt, dass ausländische Familienmitglieder (Ehepartner und minderjährige Kinder) zum Zwecke der Familienzusammenführung einreisen dürfen und ein Bleiberecht erhalten.¹⁶ So annullierte der Conseil d'État beispielsweise 1978 ein Dekret des französischen Innenministeriums, das Angehörigen von Gastarbeitern die Einreise verweigerte, um den nationalen Arbeitsmarkt für Staatsbürger freizuhalten, damit aber Familienzusammenführungen unmöglich machte. In seinem bedeutenden Präzedenzurteil heißt es:

»Considérant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les

14 Der Artikel 66 der französischen Verfassung lautet: »Nul ne peut être arbitrairement détenu.« Eines der ersten Urteile des Conseil Constitutionnel ist die Entscheidung 79-109 DC, 9. Januar 1980. Vgl. auch Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006, S. 59–61.

15 Neuman, *Immigration and Judicial Review*, 1990; Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006, S. 93.

16 Vgl. zu Frankreich Marzal, *Constitutionalising Immigration Law*, 2006, S. 58 und S. 61–65.