



Medizin und Menschenrechte
Geschichte – Theorie – Ethik

Medicine and Human Rights
History – Theory – Ethics

Band / Volume 5

Herausgegeben von / edited by

Andreas Frewer

Heiner Bielefeldt

Stephan Kolb

Markus Rothhaar

Renate Wittern-Sterzel

Maren Mylius / Wiebke Bornschlegl /
Andreas Frewer (Hg.)

Medizin für »Menschen ohne Papiere«

Menschenrechte und Ethik in der Praxis des
Gesundheitssystems

V&R unipress

© V&R unipress GmbH, Göttingen



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-89971-844-7

ISBN 978-3-86234-844-2 (E-Book)

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Stiftung »Nürnberg – Stadt des Friedens und der Menschenrechte« und der Professur für Ethik in der Medizin, Universität Erlangen-Nürnberg.

© 2011, V&R unipress in Göttingen / www.vr-unipress.de

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. Hinweis zu § 52a UrhG: Weder das Werk noch seine Teile dürfen ohne vorherige schriftliche Einwilligung des Verlages öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies gilt auch bei einer entsprechenden Nutzung für Lehr- und Unterrichtszwecke.

Printed in Germany.

Titelbild: Philipp Bornschlegl

Druck und Bindung: CPI Buch Bücher.de GmbH, Birkach

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

© V&R unipress GmbH, Göttingen

Inhalt

Rupert Neudeck	
Ja, wir können das – aber wir müssen die Menschenrechte achten!	
<i>Geleitwort</i>	9

Maren Mylius, Wiebke Bornschlegl, Andreas Frewer	
Gesundheit für undokumentierte MigrantInnen – Menschenrechte	
achten, schützen und gewährleisten. <i>Zur Einführung</i>	13

I. Menschenrechtliche Grundlagen und ethische Reflexionen

Heiner Bielefeldt	
Menschenrechte »irregulärer« Migrantinnen und Migranten	19

Andreas Fisch	
Menschenrechte von <i>Sans Papiers</i> verpflichten – wen? Ethische und	
politische Reflexionen zur medizinischen Grundversorgung	33

Norbert Cyrus	
Migration ohne Grenzen? Politische Optionen zum Umgang mit	
irregulären Wanderungsbewegungen	63

Heinz-Jochen Zenker	
Europäische Strukturen der Gesundheitsversorgung von irregulären	
Migrantinnen und Migranten	83

II. Zugang zur Gesundheitsversorgung – Ausgewählte Problembereiche

Maren Mylius	
Selektives Recht auf Gesundheit? Gesundheitliche Ungleichheit am	
Beispiel spezifischer Infektionskrankheiten	103

Mareike Tolsdorf	
Die Rolle der Pflege in der gesundheitlichen Versorgung von Menschen ohne legalen Aufenthaltsstatus	125
Wiebke Bornschlegl	
»Kinder gibt es nicht.« Das Recht auf Gesundheit von Kindern in aufenthaltsrechtlicher Illegalität	137
Susann Huschke	
Die Grenzen humanitärer Versorgung. Beispiele aus einer Feldforschung mit illegalisierten Latina/os	157
III. Versorgungspraxis und Lösungsansätze	
Philip Anderson	
Die Wahrung der Menschenrechte von MigrantInnen in der Illegalität auf kommunaler Ebene. Das Beispiel München	173
Gisela Penteker	
Medizinische Versorgung Papierloser auf dem Land am Beispiel Niedersachsen	197
Jakov Gather, Hannah Windeln, Eva-Maria Schwienhorst	
<i>Medinetz</i> . Das Beispiel Mainz	211
Jessica Groß, Majken Bieniok	
Das <i>Büro für medizinische Flüchtlingshilfe</i> Berlin. Praktische Erfahrungen und politische Lösungsansätze	225
Shirin Simo, Heribert Kantenich	
Gesundheitliche Versorgung von Menschen ohne Papiere – Praktische Konsequenzen im Bereich der Geburtshilfe und Gynäkologie	239
IV. Anhang: Schlüsseldokumente	
Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966	249
Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen	251
Übereinkommen über die Rechte des Kindes	255

Charta der Grundrechte der Europäischen Union	261
Deklaration des Weltärztebundes zur Medizinischen Versorgung von Flüchtlingsen	263
Katholisches Forum »Leben in der Illegalität« Erläuterung zu ausgewählten Vorschriften aus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 18.09.2009	265
Ärzte der Welt/HUMA-Network Europäische Erklärung.	271
Informationen zu den Autorinnen, Autoren und Herausgebern	273

Ja, wir können das – aber wir müssen die Menschenrechte achten!

Geleitwort

Medizinische Versorgung für Menschen ohne Papiere – das Thema wird die Politik in Deutschland sowie in der gesamten Europäischen Union in den nächsten Jahren weitaus mehr bestimmen, als uns das heute recht ist. Deshalb ist es gut, dass dieses Buch den Versuch unternimmt, die Probleme, die »illegal« in Deutschland lebende Ausländer hier haben, aufzulisten und zu erzählen.

Kurz vor seinem Tode hat uns der große Soziologe und Politiker, der binationale Lord Ralf Dahrendorf mit Trauer in der Stimme gesagt, die EU könne mit diesem Problem nicht fertig werden. Sie hat auch noch nicht im Ansatz begriffen, worum es da geht, beim Thema der Migration.

Das Thema ist größer, elementarer und gewaltiger, als wir es uns in unserer Asyl-Manier manchmal vorstellen. Die Migration, die über alle Kanäle, zu Wasser, zu Lande und in der Luft, nach Europa unterwegs ist, ist nicht mehr mit den altbackenen Mitteln unseres ausgefransten Asylparagraphen Art. 16 des Grundgesetzes zu bewältigen. Ganz einfach aus dem Grunde, weil diese Migranten oft nicht politisch Verfolgte sind. Das jedoch will in unseren deutschen Kopf manchmal nicht herein. Deshalb ist die Herausforderung dieses Themas an unser Menschenrechtsverständnis so gewaltig.

Man kann nach der Lektüre dieses Buches drei Ebenen unterscheiden. Die erste Ebene müsste die selbstverständliche sein: Menschen, zumal abhängige und kranke oder schwangere oder sonst wie auf Hilfestellung angewiesene Menschen dürften keine Angst haben, die Fürsorge und die Behandlung in der deutschen Gesellschaft zu erhalten. Dies müsste auch von staatlicher Seite selbstverständlich sein. Unsere Menschlichkeit entscheidet sich am Los der »Illegalen«, sie dürfen auch den Artikel eins unserer Verfassung beanspruchen, obwohl darauf kaum noch jemand kommt: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Es heißt nicht: »Die Würde des legalen Menschen ist dann unantastbar, wenn er mit Geburtsurkunde und Personalausweis oder Duldungs- und Bleiberechtdokument vor uns auftaucht«.

Die zweite Ebene: Ich bin immer gegen unsere deutsche Nationalhaltung, bei jedem Wehwehchen gleich und heftig nach dem Staat und den staatlichen In-

stitutionen zu rufen. Die Lage in Europa ist bestimmt durch eine Situation, bei der ich meine Mitbürger immer erst bitte, stolz zu sein und Stolz zu empfinden. Hunderte Millionen Menschen möchten sehr gern in Europa leben, weil sie wissen oder ahnen, dass es nur hier in unserem Kontinent so etwas wie einen Rechts- und einen Sozialstaat gibt. Nirgendwo auf der Welt sind diese Errungenschaften so ausgeprägt, so dass die Sehnsucht großer Teile unserer zeitgenössischen Menschheit darin besteht, sich in Richtung Europa zu bewegen. Ich plädiere erst mal dafür, darüber froh und ja, wenn das Wort nicht schon degoutant ist, auch stolz zu sein.

Ich bin drittens der Auffassung, dass diese neue, noch größere Herausforderung, als sie zur Zeit des Kalten Krieges mit den Millionen politisch Verfolgter bestand, jetzt in dem Ansturm der Hunderttausenden von »Habenichtsen« und »Schmuddelkindern« aus Afrika besteht. Diese Menschen verlangen für sich und ihre jetzige und künftige Familie nach etwas, was nicht nur aus menschenrechtlicher Sicht überaus berechtigt ist: sich eine wirtschaftliche und soziale Perspektive erarbeiten zu können.

Die Beiträge dieses Buches machen uns kompetent für die Arbeit. Sie beschreiben, wo überall schon »Stoßtrupps« der Menschen an der Arbeit sind und sich durch Kriminalisierung nicht verunsichern lassen. Das ist die Stunde von dem, was wir »die Zivilgesellschaft« nennen. Die Beispielfälle Berlin, Niedersachsen und München zeigen, wie es auch noch minimale Ermessensspielräume auszunutzen gilt, auf der Ebene der Kommunen wie der Bundesländer. Darum muss der Kampf gerade in einer von dogmatischen Grundsätzen eingegengten Gesellschaft gehen: Die Ermessensspielräume müssen wieder größer werden damit Landesminister und Stadtdezenten vernünftiger und menschlicher entscheiden können.

Die Zahl derer, die zurzeit in Afrika auf dem Wege in den gelobten Kontinent Europa sind, soll sich auf 18 Millionen belaufen. Wir werden damit nur durch eine ganz neue und kluge Partnerschaftspolitik mit afrikanischen Ländern und durch Menschlichkeit und den Menschenrechtsstaat fertig werden.

Wie es der jüngst verstorbene Soziologie und Philosoph Lord Dahrendorf geschrieben hat – als sein Vermächtnis, das er uns »Grünhelmen« gemacht hat: »Heute bin ich der Meinung, dass der Rechtsstaat noch vor der Demokratie kommt. Was bedeutet das an den Graswurzeln? Menschen müssen Rechte haben. Sie müssen wissen, dass sie Rechte haben. Sie brauchen Hilfe bei der Verteidigung ihrer Rechte. Sie brauchen eine Umwelt, die Rechte im günstigen Falle respektiert, im ungünstigen akzeptiert.« Er forderte weiter die »Schaffung einer kleinen Einheit von rechtlich Bewanderten, die jeweils zu zweit, zu dritt in Unrechtsgebiete gehen und dort an Beispielen durchexerzieren, was grundsätzlich für alle gilt«.

Was uns das Buch in seinen vielen Facetten und Berichten zeigt: solche

Stoßtrupps des Rechts brauchen wir auch hierzulande und besonders an der Seite der MedizinerInnen und SozialarbeiterInnen bzw. aller Bürger guten Willens, die nicht bereit sind, den Grundgesetz-Artikel 1 einer Gruppe Menschen nicht zukommen zu lassen, weil sie auf Wegen hierhin gekommen sind, die wir uns nicht vorstellen können.

Das Buch stellt uns Probleme vor, die wir hierzulande haben. Ich bin der festen Überzeugung, dass eine so empathische Gesellschaft diese Probleme, die der Band in sehr eindringlichen Beiträgen darstellt, auch lösen kann. Yes we can! Oder, wie Heinrich Böll uns gesagt hat: »Recht und Gerechtigkeit sind auch schön, *wenn sie vollzogen werden*«. Deshalb müssen wir für dieses Buch dankbar sein.

Troisdorf, Januar 2011

Gesundheit für undokumentierte MigrantInnen – Menschenrechte achten, schützen und gewährleisten. Zur Einführung

»Der Pass ist der edelste Teil von einem Menschen.
Er kommt auch nicht auf so einfache Weise zustand wie ein Mensch.
Ein Mensch kann überall zustand kommen, auf die leichtsinnigste Art
und ohne gescheiten Grund, aber der Pass niemals. Dafür wird er auch
anerkannt, wenn er gut ist, während ein Mensch noch so gut sein kann
und doch nicht anerkannt wird.«¹

Die traurig-spöttische Anmerkung Brechts zur herausragenden Bedeutung des Passes für die Kategorisierung von Menschen bereits in den 40er Jahren des letzten Jahrhunderts hat nichts von ihrer Aktualität und Brisanz verloren: So entscheidet auch heute noch »der Pass« – die Staatsangehörigkeit – welche Rechte einem Menschen eingeräumt werden.

Das Maß an Gesundheit und Lebenserwartung ist in den letzten Jahrhunderten deutlich gestiegen, doch betrifft dies vor allem die westliche Welt und auch dort klafft eine Schere zwischen Menschen mit hohem und niedrigem Bildungsniveau, zwischen hohem und niedrigem Einkommen, zwischen Menschen mit und ohne Migrationshintergrund. Der Gesundheitszustand hängt ab vom sozialen Status und der Herkunft. In Deutschland entscheidet der Aufenthaltsstatus eines Migranten über den Zugang zum Gesundheitssystem und die Aufenthaltsdauer über die Sicherheit der medizinischen Regelversorgung.

Mit der Einschränkung des Grundrechts auf Asyl im Rahmen des »Asylkompromisses« 1993 hat die Möglichkeit zur Anerkennung politisch Verfolgter in Deutschland stark abgenommen. Nicht nur die Chance zur Antragsstellung wurde limitiert; darüber hinaus geben die geringen Anerkennungsquoten kaum Hoffnung auf Gewährung eines legalen Aufenthaltsstatus in Deutschland. Restriktive Bestimmungen auch im Bereich regulärer Zuwanderungsoptionen führen zu einem Ungleichgewicht zwischen Nachfrage nach Zuwanderung und Angebot regulärer Einwanderung. In Zeiten der Globalisierung mit konsekutiver Vereinfachung von Informationswahrnehmung und verfügbarer Transportwege wird es demzufolge – bei anhaltendem ausgeprägtem sozialem Gefälle – immer Migration geben, die in den Aufnahmeländern als »illegal« bezeichnet wird.

1 Bertolt Brecht (1962): Flüchtlingsgespräche. Suhrkamp Verlag, Berlin/Frankfurt a. M., S. 7 – 8.

Deutschland hat durch die Anwerbung so genannter »Gastarbeiter« in den 50er und 60er Jahren des 20. Jahrhunderts einen Zuwachs an MigrantInnen erlebt, die inzwischen die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen haben und somit Teil der heimischen Bevölkerung geworden sind. Nach wie vor haben viele ehemalige »Gastarbeiter« Familienangehörige in ihren Heimatländern, welchen durch die Gesetzgebung zur Begrenzung des Familiennachzugs ebenfalls nur reduzierte Wege zu einem legalen Aufenthalt in Deutschland zur Verfügung stehen.

Irreguläre Migration nach Deutschland findet aus diesen und zahlreichen anderen Gründen statt. Verschiedene von der Bundesrepublik ratifizierte UN-Konventionen sowie nicht zuletzt das deutsche Grundgesetz legen jedoch fest, dass Menschenrechte jeder Person unabhängig von Geschlecht, Rasse, Religionszugehörigkeit und Status in diesem Land zustehen. Elementarer Teil der Menschenrechte ist das Recht auf Gesundheit als Voraussetzung für ein Leben in Würde. Entgegen internationaler Verträge und Verlautbarungen (z. B. UN-Sozialpaket von 1966) wird denjenigen Personen, die ohne vom Gesetzgeber festgelegten Aufenthaltsstatus in Deutschland leben, der für ein Leben in Gesundheit unbedingt notwendige Zugang zu medizinischer Versorgung de facto verwehrt. Der Pass des Betreffenden ist somit für die Gewährung oder Verweigerung der Menschenrechte entscheidend.

Der vorliegende Band der Fachbuchreihe »Medizin und Menschenrechte« soll diesen entmutigenden Umstand genauer untersuchen und – *ermutigend* – Wege aus der systematischen Ungerechtigkeit aufzeigen. Schwerpunkte des Bandes liegen daher sowohl auf den Problemfeldern als auch den praktischen Möglichkeiten und Wegen, die von MigrantInnen ohne legalen Aufenthaltsstatus im Krankheitsfall beschritten werden. Darüber hinaus werden theoretische und faktische Ansätze in mehreren Städten zur strukturellen Problemlösung in den Blick genommen.

In drei Kapiteln werden verschiedene Aspekte von Gesundheit und Krankheit in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität beleuchtet. In einem ersten Teil untersuchen Andreas Fisch, Heiner Bielefeldt, Norbert Cyrus und Heinz-Jochen Zenker zunächst menschenrechtliche, sozialetische und politische Grundlagen sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene und bereiten das Feld für einen detaillierteren Einblick in den Themenbereich. Der Umgang mit spezifischen Infektionskrankheiten (Maren Mylius), die spezielle Situation von Kindern und Jugendlichen (Wiebke Bornschlegl), die Rolle der Pflege in der gesundheitlichen Versorgung von Menschen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität (Mareike Tolsdorf) sowie die Handhabung auf kommunaler Ebene am Beispiel der Stadt München (Philip Anderson) bilden Teil II, welcher die verschiedenen Zugänge zum Gesundheitssystem in ausgewählten Problembereichen skizziert.

Teil III des vorliegenden Bandes umfasst schließlich Berichte, Erfahrungen

und Lösungsansätze aus der Praxis: Susann Huschke präsentiert Ergebnisse aus der Feldforschung mit illegalisierten Latinas und Latinos, Jakov Gather, Hannah Windeln und Eva-Maria Schwienhorst sowie Jessica Groß und Majken Bieniok analysieren regionale Beispiele aus Mainz bzw. Berlin. Ebenfalls aus der Hauptstadt stammt der Beitrag von Shirin Simo und Heribert Kentenich zu praktischen Konsequenzen im besonders sensiblen Bereich Gynäkologie und Geburtshilfe. Die medizinische Versorgung von »Papierlosen« im ländlichen Bereich erfährt schließlich Beachtung in einem Beispiel von Gisela Penteker für das Bundesland Niedersachsen.

Die Bandbreite von Autorinnen und Autoren verschiedener Disziplinen und Fachrichtungen sowie inhaltlichen Schwerpunkten soll der Komplexität des Themas sowohl bezüglich einer theoretischen Annäherung als auch im Blick auf die tägliche Realität gerecht werden. Auf diese Weise sollen möglichst umfangreiche wie auch detailreiche Einblicke gewährt sowie Anregungen für die praktische Umsetzung des Menschenrechts auf Gesundheit und die Hilfe für Kranke ohne Papiere gegeben werden. Letztendlich kommt es auf das Engagement und die Praxis an. Wir freuen uns, dass vor kurzem durch den Einsatz der »AG Medizin und Menschenrechte« auch in Erlangen – in enger Zusammenarbeit mit der bereits seit über zehn Jahren für dieses Feld aktiven Nürnberger Gruppe – eine Medizinische Flüchtlingshilfe eingerichtet werden konnte. Die Region verstärkt in dieser Form nochmals den notwendigen Einsatz für Menschen ohne legalen Aufenthaltsstatus.

Für die Förderung im Kontext des vorliegenden Buches danken wir der Professur für Ethik in der Medizin der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, der Heinrich Böll Stiftung in Berlin und dem Menschenrechtsbüro der Stadt Nürnberg. Gisela Heinrici und Andreas Uhlig haben die Herausgeber bei der Redaktion einzelner Texte unterstützt. Dem Verlagsteam von V&R unipress (Göttingen), insbesondere Ruth Vachek, Liane Reichl und Katharina Wöhl, danken wir für die gute Zusammenarbeit bei der Vorbereitung der Druckvorlage, Philipp Bornschlegl für die tatkräftige Hilfe bei der Erstellung und Bearbeitung des Titels. Rupert Neudeck möchten wir sehr herzlich danken für seinen Einsatz – von der »Cap Anamur« bis zu den »Grünhelmen«² – und das engagierte Geleitwort.

2 Die Organisation »Grünhelme« (green helmets) ist parteipolitisch neutral, nationalitäts- und religionsübergreifend und finanziert sich aus privaten Spenden der Bürger Deutschlands wie aus Zuwendungen von Stiftungen. Durch gemeinsame Projekte von jungen Deutschen, Muslimen und Christen, mit Aufbauarbeit etwa in Afghanistan, Türkei und Irak werden Häuser, Schulen oder Kliniken errichtet sowie Friedensaktionen unterstützt, siehe <http://www.gruenhelme.de/>.

I. Menschenrechtliche Grundlagen und ethische Reflexionen

Menschenrechte »irregulärer« Migrantinnen und Migranten

1. Das Problem

Dass Menschen ohne rechtmäßigen Aufenthaltstitel und ohne staatliche Duldung¹ gleichwohl Rechte haben, ist – anders als gelegentlich behauptet – kein logischer Widerspruch. Denn Recht ist nicht gleich Recht. Es gibt eine Hierarchie der Rechtsnormen, an deren Spitze solche Rechte stehen, die als »*unveräußerlich*« anerkannt sind, weil durch sie die Würde des Menschen Achtung und Schutz findet. Gegenüber den Menschenrechten haben andere Rechtsnormen nachrangige Bedeutung. Dies heißt nicht, dass sie belanglos sind und folgenlos vernachlässigt werden dürfen; denn das Recht insgesamt stellt als Modus friedlicher Konfliktgestaltung eine zivilisatorische Errungenschaft dar, die der Pflege bedarf. Die Pflege des Rechts kann aber nur gelingen, wenn man den *unterschiedlichen Rang unterschiedlicher Rechtsnormen* und insbesondere den Primat der Menschenrechte beachtet. Durch die konsequente Orientierung am Vorrang der Menschenrechte unterscheidet sich eine freiheitliche Rechtspolitik von einer bloßen »law and order« Politik, der es vornehmlich um die Demonstration politischer Entschlossenheit und staatlicher Rechtsdurchsetzungsmacht geht.

Der menschenrechtliche Universalismus verlangt keineswegs den Abbau staatlicher Grenzen; er zielt auch nicht auf eine Politik der totalen Grenzöffnung ab. Vielmehr haben Staatsgrenzen auch in Zeiten der Globalisierung ihre Funktion. In ihrem konkreten historischen Verlauf uneinholbar kontingent, dienen sie dazu, staatliche Verantwortungsbereiche zu klären und zu organisieren, ebenso wird auf diese Weise die administrative Gewährleistung von Rechts- und Sozialstaatlichkeit erleichtert. Von daher gewinnt das staatliche

1 Diese Menschen werden im Folgenden »irreguläre Migrantinnen und Migranten« genannt. Sofern ich aus Gründen sprachlicher Abwechslung gelegentlich von »Menschen ohne regulären Aufenthaltstitel« spreche, sind damit Menschen gemeint, die weder einen eigentlichen Aufenthaltstitel noch auch eine staatliche Duldung (die bekanntlich kein Aufenthaltstitel ist) besitzen.

Grenzregime auch aus menschenrechtlicher Perspektive seine – allerdings von vornherein *bedingte* – Legitimität. Anders als Carl Schmitt und seine Anhänger behaupten, die das Grenzregime zum eigentlichen »Testfall« staatlicher Souveränität stilisieren, handelt es sich um eine *funktionale und insofern sekundäre Legitimität*, deren *primären Grund die in arbeitsteiliger Kooperation der Staaten zu verwirklichenden Menschenrechte* bilden.² Insofern müssen die Menschenrechte als kritischer Maßstab auch für den politischen Umgang mit staatlichen Grenzen sowie mit grenzüberschreitenden Kommunikations-, Handels- und Wanderungsprozessen zur Geltung kommen.

Auch die staatliche Einwanderungspolitik unterliegt demnach menschenrechtlichen Verpflichtungen. Exemplarisch genannt seien Schutz- und Aufnahmeverpflichtungen gegenüber Flüchtlingen, faire Verfahrensregelungen zur Prüfung von Asylbegehren, die Achtung des Rechts auf gemeinsames Familienleben, der Ausschluss rassistischer Kriterien bei der politischen Gestaltung der Zuwanderung und nicht zuletzt auch die diskriminierungsfreie Gewährleistung wirtschaftlicher und sozialer Rechte der Immigrierten. Dass die Staaten unter Beachtung dieser und anderer menschenrechtlicher Verpflichtungen grundsätzlich die Möglichkeit haben, Zuwanderung rechtlich zu regeln und folglich zwischen »regulärer« und »irregulärer« Migration zu unterscheiden, wird nicht bestritten. Auch im staatlichen Vorgehen gegen irreguläre Migration unterliegt der Staat allerdings menschenrechtlichen Bindungen, die vorrangig beachtet werden müssen.

Der angemessene politische Umgang mit irregulärer Migration ist in Deutschland lange Zeit kaum öffentlich erörtert worden. Sofern das Thema überhaupt angesprochen wird, dominieren Assoziationen von Schleppertum und organisierter Kriminalität. Zu kurz kommt dabei, dass es sich bei irregulärer Zuwanderung um ein sehr komplexes Phänomen handelt, über das bislang nur wenig bekannt ist. Die Motive und Erscheinungsformen sind höchst unterschiedlich:³ Abgesehen von bewusst geplanten illegalen Grenzübertritten entstehen irreguläre Aufenthalte auch beispielsweise dadurch, dass ein zunächst gültiges Touristenvisum abläuft, ohne dass der oder die Betreffende das Land verlässt. Neben irregulärer Zuwanderung zu Zwecken der Erwerbsarbeit (oft, aber nicht immer »Schwarzarbeit«) gibt es das Motiv familiärer Verbundenheit über den Kreis der zuzugsberechtigten Mitglieder der Kernfamilie hinaus. Auch Asylsuchende, die ihre Hoffnung auf Anerkennung als Flüchtling aufgegeben haben, können zu Migranten oder Migrantinnen ohne rechtmäßigen Aufenthaltstitel werden. Unter den irregulär Aufhältigen befinden sich auch Opfer von

² Vgl. Schmitt (1927), S. 222 ff.

³ Siehe Alt (2003).

Menschenhandel.⁴ Manchen, die sich ohne regulären Aufenthaltstitel in Deutschland befinden, dürfte nicht einmal bewusst sein, dass sie sich damit strafbar machen.

Menschen ohne regulären Aufenthaltstitel sind mit zahlreichen, oft schwer lösbaren Alltagsproblemen konfrontiert. Bei der Wohnungssuche oder drohendem Streit mit einem Vermieter, bei einem nötigen Arztbesuch oder der Anmeldung der Kinder zur Schule, bei Konflikten mit einem Arbeitgeber oder bei einem notwendigen Besuch in der Heimat – stets haben irreguläre Migrantinnen und Migranten zumindest schwierige Ausgangsbedingungen.⁵ Sie können im Konfliktfall nicht ernsthaft verhandeln, müssen öffentliche Aufmerksamkeit um jeden Preis vermeiden und sind infolgedessen ausbeuterischen Verhältnissen schutzlos ausgeliefert. Sie stehen deshalb ständig in der Gefahr, dass ihre Menschenrechte verletzt werden. Mehr noch: Die faktische Rechtlosigkeit dieser Menschen bedeutet als solche bereits eine strukturelle Menschenrechtsverweigerung.

Im Folgenden soll zunächst der Menschenrechtsansatz skizziert werden (2). Es folgt eine Vorstellung der Internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien, deren Besonderheit darin besteht, dass sie ausdrücklich auf das Problem irregulärer Migration eingeht (3). Daran schließt sich die Diskussion einiger exemplarischer Rechte an, die für Migrantinnen und Migranten ohne regulären Aufenthaltsstatus von besonderer praktischer Bedeutung sind (4). Der Beitrag endet mit Hinweisen zu den Aufgaben, die sich aus den einschlägigen Verpflichtungen für die staatliche Politik ergeben (5).

2. Der Menschenrechtsansatz

Der Menschenrechtsansatz lässt sich durch drei Komponenten bestimmen: (I) den normativen Universalismus, (II) den emanzipatorischen Gehalt und (III) die Verbindung mit rechtlichen Durchsetzungsinstitutionen.⁶ Nur in der *Zusammensicht* dieser drei Komponenten erschließt sich das spezifische normative Profil der Menschenrechte.

4 Vgl. Follmar-Otto/Rabe (2009).

5 Vertiefend hierzu siehe z. B. Alt (2003), Anderson (2003), Bommes/Wilmes (2007).

6 Vgl. Bielefeldt (2007), S. 25 ff.

I. Normativer Universalismus

Der die Menschenrechte charakterisierende normative Universalismus hat seine Begründung in der Menschenwürde, die einem jeden Menschen gleichermaßen zusteht. Dass das Postulat der gleichen Würde aller Menschen kein Akt beliebiger gesellschaftlicher Übereinkunft, sondern Ausdruck *unbedingt geschuldeter Anerkennung* ist, geht aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 klar hervor. Die Präambel der VN-Erklärung hält fest, dass

»die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet«.⁷

Diese Formel findet sich in mehreren völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen wieder; sie hat – in leichter Variation – auch Eingang in das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland gefunden.⁸

Als Konsequenz der gebotenen Achtung der Menschenwürde sind die Menschenrechte »*unveräußerlich*«, wie es in der Präambel der VN-Erklärung heißt. Im Unterschied zu vielen sonstigen Rechtspositionen sind sie nicht abhängig von vorgängiger Leistung oder gesellschaftlichem Status des Menschen. Dass auch Menschen ohne regulären Aufenthaltsstatus Anspruch auf Achtung, Schutz und Gewährleistung ihrer Menschenrechte haben, kann daher keinem Zweifel unterliegen.

II. Menschenrechte als Freiheitsrechte

Der gebotene Respekt vor der Menschenwürde zeigt sich darin, dass man den Menschen nicht nur als Mittel, sondern immer zugleich *auch als Selbstzweck* behandelt.⁹ Die Behandlung des Menschen als Selbstzweck wiederum manifestiert sich dadurch, dass man ihm den Status eines mündigen Verantwortungssubjekts zuspricht, der *auch rechtlich zur Geltung gebracht* werden muss. Menschenrechte erfüllen ihre Aufgabe – die Achtung und den Schutz der

⁷ Tomuschat (2002), S. 38.

⁸ »Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.« (Art. 1 Abs. 2 GG).

⁹ In Anlehnung an die bekannte Formulierung des kategorischen Imperativs durch Kant: »Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst«; Kant (1786), S. 66 f.

Menschenwürde aller Menschen – dadurch, dass sie einem jedem Menschen nach Maßgabe der Gleichheit seine rechtliche Freiheit garantieren. Die VN-Menschenrechtserklärung postuliert in diesem Sinne:

»Alle Menschen sind frei und an Würde und Rechten gleich geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geist der Brüderlichkeit begegnen.« (Art. 1 AEMR)

Menschenrechte verkörpern als Freiheitsrechte einen emanzipatorischen Anspruch; sie zielen auf »Empowerment«.¹⁰ Dies gilt nicht nur für die sogenannten liberalen Rechte (zum Beispiel Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit), die den Anspruch der Freiheit bereits im Titel führen. Auch die sogenannten sozialen Rechte (etwa die Rechte auf Gesundheit, soziale Sicherheit, Bildung und Arbeit) erweisen sich bei näherem Hinsehen als *Freiheitsgarantien*, weil sie die diskriminierungsfreie Teilhabe an wesentlichen gesellschaftlichen Voraussetzungen selbstbestimmter Lebensführung gewährleisten.¹¹ Für Menschen ohne Aufenthaltsstatus sind gerade die sozialen Menschenrechte oft buchstäblich lebenswichtig.

III. Rechtliche Durchsetzung

Menschenrechte sind nicht nur moralische Werte, sondern formulieren zugleich *Rechtsansprüche*, die über eigens dafür zuständige Institutionen – staatliche Gerichte, Beschwerdestellen, Beratungsdienste, internationale Monitoring-Ausschüsse, aber auch die Aktivitäten nichtstaatlicher Organisationen – wirksam durchgesetzt werden sollen. Dem Staat kommt dabei die dreifache Aufgabe zu, die Menschenrechte in seiner eigenen Tätigkeit *zu achten*, sie gegen die Beeinträchtigung durch Dritte *zu schützen* und schließlich durch Bereitstellung eines geeigneten institutionellen Rahmens ihre effektive Inanspruchnahme *zu gewährleisten*.¹²

Obwohl der Prozess des menschenrechtlichen *institution building* in den vergangenen Jahrzehnten enorme Fortschritte gemacht hat, bestehen immer noch erhebliche Schutzlücken. Dies gilt nicht zuletzt für Migrantinnen und Migranten ohne regulären Aufenthaltsstatus, deren strukturelle Problemlage darin besteht, dass sie ihre Menschenrechte – selbst dann, wenn sie von Staats wegen theoretisch anerkannt werden – in aller Regel *faktisch nicht durchsetzen* können. Sie sind nicht nur der Ausbeutung durch Dritte weitgehend hilflos

¹⁰ Vgl. Bielefeldt (2007), S. 31 ff.

¹¹ Siehe Krennerich (2006).

¹² Diese Pflichtentrias (respect, protect, fulfil) hat sich in der internationalen Menschenrechtsdiskussion in den letzten Jahren weitgehend durchgesetzt.

ausgesetzt, sondern müssen darüber hinaus stets damit rechnen, im Falle ihrer Entdeckung abgeschoben und strafrechtlich belangt zu werden. Daran scheitert vielfach auch die Inanspruchnahme staatlich garantierter Dienstleistungen, einschließlich wirtschaftlich-sozialer Rechte wie des Rechts auf Zugang zur Gesundheitsfürsorge oder von Bildungsrechten für Kinder aus irregulär zugewanderten Familien. Der faktische Ausschluss irregulärer Migrantinnen und Migranten aus dem Menschenrechtsschutz stellt daher eine zentrale Herausforderung für die Durchsetzung der Menschenrechte dar.

3. Die »Migrant Workers Convention«

I. Geltung der Konvention

Die spezifischen Problemlagen von Menschen ohne Aufenthaltstitel sind seit den 1980er Jahren auch unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten diskutiert worden. Ein Ergebnis dieses Diskussionsprozesses ist die Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien, meist kurz »Migrant Workers Convention« genannt.¹³ Sie dient ausdrücklich – und dies ist neu – auch dem Schutz von Migrantinnen und Migranten ohne regulären Aufenthaltstitel.

Obwohl bereits im Jahre 1990 verabschiedet, konnte die »Migrant Workers Convention« erst im Sommer 2003 in Kraft treten, nachdem die dafür (in Art. 87, Abs. 1) verlangten 20 Ratifikationen vorlagen. Bislang ist die Konvention allerdings ausschließlich von solchen Ländern ratifiziert worden, aus denen Arbeitsmigranten stammen, während ihr keines der typischen Aufnahmeländer beigetreten ist.¹⁴ Auch Deutschland hat die Konvention bisher nicht ratifiziert, und eine Ratifikation ist wohl auch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.

Für die hier zu behandelnde Thematik ist die »Migrant Workers Convention« deshalb wichtig, weil sie sich umfassend und systematisch mit den besonderen Menschenrechtsproblemen von Wanderarbeitnehmern und ihren Familien beschäftigt und dabei *expressis verbis* auf die Lage der »Irregulären« eingeht. Sie bietet damit – auch unabhängig von der Tatsache, dass sie für die Bundesrepublik Deutschland vorerst keine Rechtskraft entfaltet – eine inhaltliche Ori-

13 Siehe Tomuschat (2002), S. 423 ff. Die folgenden Zitate aus der Konvention sind der Sammlung von Tomuschat entnommen.

14 Bosnien-Herzegowina und Albanien gehören als einzige europäische Staaten der »Migrant Workers Convention« derzeit (Stand März 2011) an. Ratifiziert wurde die Konvention vor allem von lateinamerikanischen und afrikanischen Staaten.

entierung für die Praxis der Advocacy-Arbeit mit irregulären Migrantinnen und Migranten.¹⁵

Die Bedeutung der Konvention wäre grundlegend missverstanden, wollte man davon ausgehen, dass durch sie die entsprechenden Menschenrechte überhaupt erst »geschaffen« würden. Stattdessen werden sie durch die Konvention *präzisiert* und mit Hilfe erweiterter Durchsetzungsoptionen *effektiviert*. Solange die Bundesrepublik Deutschland die »Migrant Workers Convention« nicht ratifiziert hat, wird man die Rechte der betroffenen Menschen somit auf andere völkerrechtlich verbindliche Konventionen stützen müssen und können. Vor allem die beiden großen internationalen Menschenrechtspakte von 1966 – über bürgerliche und politische Rechte bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – enthalten Verbürgungen, die auch für Menschen ohne regulären Aufenthaltstitel gelten (siehe Abschnitt 4.).¹⁶

II. Der Anspruch: Überwindung irregulärer Migration durch Empowerment der Betroffenen

Die »Migrant Workers Convention« erkennt an und bekräftigt das Recht der Staaten, Zuwanderung zu regulieren (Art. 79). Die Staaten werden ausdrücklich aufgefordert, zur Verhinderung bzw. Überwindung irregulärer Migration miteinander zu kooperieren (Art. 68). Die Bekämpfung irregulärer Wanderungsbewegung darf allerdings – dies ist entscheidend – nicht auf Kosten der Rechte der betroffenen Menschen geschehen. In der Präambel heißt es,

»dass die menschlichen Probleme, die bei der Wanderung entstehen, im Falle der irregulären Wanderung noch schwerwiegender sind«,

weshalb geeignete Maßnahmen erforderlich seien,

»um heimliche Wanderungen und den Handel mit Wanderarbeitnehmern zu verhüten und zu unterbinden und gleichzeitig den Schutz ihrer grundlegenden Menschenrechte zu gewährleisten«.

15 Außerdem sieht sie – analog zu verschiedenen anderen internationalen Menschenrechtskonventionen – einen spezifischen Überwachungsmechanismus vor, nämlich einen 10-köpfigen Fachausschuss für die »Migrant Workers Convention« (vgl. Art. 72–77), der mittlerweile seine Arbeit aufgenommen hat. Zum Gesamtkomplex vgl. Spieß (2007).

16 Hinzu kommen die Europäische Menschenrechtskonvention, die im Rahmen des Europarats entstanden ist und mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg ein wirksames Durchsetzungsinstrument hat, sowie die Grundrechtecharta der Europäischen Union, die mit Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags am 1. Dezember 2009 für die Mitglieder der EU (mit Ausnahme Polens, Tschechiens und Großbritanniens) bindend geworden ist.

Die Präambel erwägt darüber hinaus die Möglichkeit,

»dass einer Beschäftigung von Wanderarbeitnehmern, deren Status nicht geregelt ist, auch dadurch entgegengewirkt wird, dass die grundlegenden Menschenrechte aller Wanderarbeitnehmer eine weitergehende Anerkennung finden und dass außerdem durch Gewährung bestimmter zusätzlicher Rechte an diejenigen Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, deren Status geregelt ist, alle Wanderarbeitnehmer und alle Arbeitgeber ermutigt werden, die Gesetze und Verfahren des betreffenden Staates zu beachten und sich danach zu richten«.

Die Konvention verfolgt somit das Ziel, auf dem Wege des Empowerment der Betroffenen die Anreize für Schwarzarbeit und irreguläre Migration zu verringern. Dies wäre ein interessanter Ansatz zur Bekämpfung bzw. Begrenzung irregulärer Einwanderung durch Verbesserung der Menschenrechte der Betroffenen.

Die in der Präambel der Konvention geäußerte Erwartung, dass über verbesserte Rechtsdurchsetzungschancen irreguläre Wanderung gleichsam an der Quelle bekämpft werden könne, darf jedoch nicht dazu führen, dass die Menschenrechte der Betroffenen von der tatsächlichen Einlösung dieser Erwartung abhängig gemacht werden. Diese Klarstellung ist wichtig. Denn den Menschenrechten kommt nicht nur instrumentelle Bedeutung für die Erreichung anderer legitimer Ziele zu; vielmehr haben sie als Ausdruck der gebotenen Achtung der Menschenwürde ihren *eigenständigen normativen Stellenwert*.¹⁷

III. Inhaltliche Verbürgungen

Die »Migrant Workers Convention« unterscheidet ausdrücklich zwischen regulärer und irregulärer Migration (vgl. Art. 5). Etwa die Hälfte der inhaltlichen Artikel (Art. 8–35) enthält Rechte (und vereinzelt auch Pflichten), die gleichermaßen für reguläre wie für irreguläre Migrantinnen und Migranten gelten. Anschließend werden einige weitergehende Rechte regulär Immigrierter formuliert und die besonderen Problemlagen bestimmter Gruppen (etwa Saisonarbeiter) angesprochen.

Unter den für reguläre und irreguläre Migrantinnen und Migranten gleichermaßen geltenden Konventionsrechten finden sich solche, die auch in mehreren anderen Menschenrechtskonventionen verbürgt sind – etwa das Recht auf Leben (Art. 9), das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft (Art. 11), Religionsfreiheit und Meinungsfreiheit (Art. 12 und 13) sowie diverse Justizgrundrechte (Art. 16–20). Spezifisch auf die Situation irregulärer Migration bezogen sind dagegen beispielsweise das Recht auf Schutz vor kollektiver Ausweisung (Art. 22), das Recht auf konsularischen Beistand (Art. 23), der Anspruch auf Gleichbehandlung

¹⁷ Zu Beginn der Präambel stellt sich die »Migrant Workers Convention« in den Gesamtkontext des menschenrechtlichen Schutzsystems der Vereinten Nationen.

mit Staatsangehörigen in Bezug auf Arbeitsbedingungen und Arbeitsentgelt (Art. 25). Soziale Rechte wie die Rechte auf Gesundheitsfürsorge (Art. 28) und auf schulische Bildung (Art. 30) werden dahingehend präzisiert, dass die diskriminierungsfreie Partizipation seitens irregulärer Migranten und ihrer Familienangehörigen ausdrücklich darin enthalten ist.

Gemäß Artikel 88 ist es den Staaten nicht möglich, Vorbehalte mit dem Ziel einzulegen, bestimmte Gruppen von Arbeitsmigrantinnen und Arbeitsmigranten aus dem Schutzbereich der Konvention auszuschließen. Es ist zu vermuten, dass diese Bestimmung insbesondere dem Schutz der »Irregulären« dient, deren menschenrechtliche Ansprüche nicht nur in der Praxis auf Hindernisse stoßen, sondern gelegentlich außerdem noch prinzipiell bestritten werden.

4. Exemplarische Rechte

Die Vorzüge der »Migrant Workers Convention« bestehen darin, dass die Menschenrechte auch der irregulären Einwanderinnen und Einwanderer darin *ausdrücklich angesprochen* sind, mit Blick auf die besondere Problemlage der Betroffenen *präzisiert* werden und durch einen *eigenständigen Monitoring-Mechanismus*, den VN-Ausschuss für die Rechte der Arbeitsmigranten und ihrer Familien, Unterstützung finden. Während die »Migrant Workers Convention« für Deutschland jedoch auf absehbare Zeit keine Rechtskraft entfalten wird (was nicht ausschließt, dass man sich argumentativ auf sie berufen kann), gibt es andere Menschenrechtskonventionen, aus denen sich bezogen auf Deutschland rechtsverbindliche Menschenrechtsansprüche für irreguläre Migrantinnen und Migranten ableiten lassen. Dies sei im Folgenden kurz an drei Rechten exemplarisch verdeutlicht: dem Recht auf Anerkennung als Rechtsperson, dem Recht auf Gesundheit und dem Recht auf Bildung.

I. Das Recht auf Anerkennung als Rechtsperson

Artikel 24 der »Migrant Workers Convention« bestimmt:

»Jeder Wanderarbeitnehmer und jeder seiner Familienangehörigen hat überall Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson.«

Dieses Recht spezifiziert die fundamentale Garantie des – in Deutschland rechtsverbindlichen – Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1966, der in Artikel 16 festhält: