

1. Teil: Ausgangslage

Kapitel 1: Einführung

“[I]n accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights.”²

Im Jahre 1948 wurde mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte³ erstmals auf überstaatlicher Ebene ein umfassender Katalog aller universellen Menschenrechte geschaffen, welcher sowohl die bürgerlichen und politischen als auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vereinte und damit den zukunftsweisenden Menschenrechtsstandard der Völkergemeinschaft festlegte. Umso mehr mag es überraschen, dass 60 Jahre später der Diskurs in Bezug auf die wirtschaftlichen und sozialen Rechte noch immer die Frage nach deren Existenzberechtigung zum wesentlichen Inhalt hat. Die Bandbreite der Diskussionsbeiträge ist groß, ohne dass jedoch Klarheit darüber geschaffen worden wäre, was überhaupt den Ausgangspunkt der Problematik bildet: was sind wirtschaftliche und soziale Rechte und was macht sie so kontrovers?

Diese vermeintlich simple Frage eröffnet bereits die erste Problematik dieser Arbeit. Denn was sich hinter dem Begriff der wirtschaftlichen und sozialen Rechte (welcher in diesem Rahmen zumeist als die kulturellen Rechte beinhaltend zu verstehen ist) verbirgt, ist alles andere als klar. Die Auffassungen darüber, was diese Rechte auszeichnet, welche Rechte diese Bezeichnung verdienen und welche Konsequenzen sich

² Aus der Präambel des *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* vom 16. Dezember 1966, U.N.T.S. Bd. 993, 3 bzw. BGBl. 1973 II 1569 [im Folgenden auch „Sozialpakt“ genannt oder abgekürzt als *ICESCR*].

³ *Universal Declaration of Human Rights*, GA-Resolution 217 A (III) vom 10. Dezember 1948, UN GAOR, 3rd Sess., Supp. No. 13, UN Doc. A/810 (1948) 71 [im Folgenden: Allgemeine Menschenrechtserklärung bzw. in den Fußnoten abgekürzt als: Allg. MRErkl.].

wiederum hieraus ergeben, gehen sehr weit auseinander. Deshalb kommt eine Arbeit, die darum bemüht ist, sich in systematischer Weise mit dem Wesen, der Funktion und letztendlich der Verwirklichung dieser Rechte auseinanderzusetzen, nicht umhin, zunächst die Grundlagen für eine solche Auseinandersetzung zu erläutern und zu definieren.

A. Definitionsansätze

I. Die historische Entwicklung: Drei Generationen von Menschenrechten

Während die erste umfassende und verfassungskräftige Positivierung bürgerlicher und politischer Grundrechte bereits im Jahre 1776 in der *Bill of Rights* des heutigen US-Bundesstaates Virginia auftauchte, steckte das sozialstaatliche Denken zu diesem Zeitpunkt noch in den Kinderschuhen. Als erster Beleg für das Konzept der „sozialen Solidarität“ wird im Schrifttum meist die französische Jakobinerverfassung von 1793 zitiert, welche die auf *Montesquieu* zurückgehende Erklärung enthielt, dass

„die Gesellschaft den unglückseligen Mitbürgern Unterhalt schuldet, sei es, indem sie ihnen Arbeit verschafft, sei es, indem sie den Lebensunterhalt derer sichert, die außerstande sind zu arbeiten.“⁴

Im 19. Jahrhundert, zu Zeiten der mit der Verstädterung einhergehenden Industrialisierung und der hierdurch hervorgebrachten „sozialen Frage“, nahmen sich Sozialreformer und Revolutionäre wie Karl Marx dieses Ansatzes an und verbreiteten Forderungen nach Rechten auf und in der Arbeit mit dem Ziel, die Lebens- und Arbeitsverhältnisse der Industriearbeiter zu verbessern.⁵ Mit dem Scheitern des ökonomischen

⁴ Artikel 21 der „*Déclaration des droits*“, welche dem „*Acte constitutionnel*“ vom 24. Juni 1793 vorangestellt war, in der Übersetzung von Verf. Der Originaltext lautet: „*Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.*“ So zitiert bei Albrecht Weber, „*L'Etat social et les droits sociaux en RFA*“ (1995) 24 *Revue française de droit constitutionnel*, S. 677-693, 678.

⁵ Eibe Riedel, „Menschenrechte der dritten Dimension“ (1989) 16 *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, S. 9-21, 12.

Liberalismus entstand somit das Bewusstsein für ein Bedürfnis nach wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten.⁶

In der Form eines verfassungsmäßigen Kataloges verschiedener Rechte erschienen die sozialen Rechte jedoch erst 1917 in der mexikanischen Verfassung⁷ sowie 1918 in der ersten Verfassung der damaligen UdSSR.⁸ Als Staatsziele bzw. Gesetzgebungsaufträge fanden dann einige soziale Rechte Eingang in die Weimarer Reichsverfassung:⁹ das Recht auf unentgeltliche Schulbildung (Art. 145), das Recht auf eine gesunde Wohnung (Art. 155 Abs. 1), das Recht auf Sozialversicherung (Art. 161) und das Recht auf Arbeit (Art. 163 Abs. 2). Schließlich wurde mit der Zeit auch in den Verfassungen weiterer europäischer Länder der Versuch unternommen, die sozialen Aufgaben des Staates und die soziale Solidarität der Bürger durch die Statuierung von Rechten verfassungsrechtlich auszudrücken, so in Irland (1937), Frankreich (1946) und Italien (1947).¹⁰

Aufgrund dieser gegenüber den bürgerlichen und politischen Rechten späteren Entfaltung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte werden sie oft als die zweite Generation von Menschenrechten bezeichnet.¹¹

⁶ Guido Odendahl, „Die sozialen Menschenrechte – ein historischer, systematischer und rechtsvergleichender Überblick“ (1996) 28 *Juristische Arbeitsblätter*, S. 898-904, 899; Rudolf Machacek, „Die Justiziabilität sozialer Grundrechte“, in: Oswin Martinek und Gustav Wachter (Hrsg.), *Arbeitsleben und Rechtsordnung – Festschrift für Gerhard Schnorr* (Wien: Manz, 1988), S. 521-555, 528.

⁷ Karel Vasak, „Le Droit International des Droits de l'Homme“ (1974) 140 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, S. 333-413, 344; Carlos Miguel Herrera, „Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social“ (2004) 16 *Revue universelle des droits de l'homme*, S. 32-39, 35.

⁸ Weber (Fn. 4), S. 679.

⁹ Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11. August 1919, RGBl. 1919, S. 1383.

¹⁰ Peter Badura, „Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland“ (1975) 14 *Der Staat*, S. 17-48, 19.

¹¹ Mittlerweile ist eine weitere, dritte Generation von Rechten hinzugetreten. Hierzu gehören beispielsweise das Recht auf Selbstbestimmung und das Recht auf Entwicklung. Siehe auch Allan Rosas, „So-called Rights of the Third Generation“, in: Asbjørn Eide, Catarina Krause und Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook* (Dordrecht: Nijhoff, 1. Aufl. 1995 und

Ganz unumstritten ist diese Einordnung aber nicht. So wenden einige Autoren ein, dass die Entwicklung der Menschenrechte auf nationaler Ebene es nicht erlaube, das Entstehen verschiedener Rechte bestimmten chronologischen Abschnitten zuzuordnen.¹² Riedel lehnt bereits den Begriff der „Generation“ an sich ab, da „dieses Konzept in aller Regel die Ersetzung einer „älteren“ durch eine „jüngere“ Generation meint“.¹³ Er bevorzugt stattdessen den Begriff der „Dimension“, da dieser klarstelle, dass die wirtschaftlichen und sozialen Rechte schlicht neben die gern als „klassisch“ bezeichneten bürgerlichen und politischen Rechte getreten sind.

Irreführend ist die Einteilung der heute anerkannten Menschenrechte in „Generationen“ jedoch auch deshalb, weil wirtschaftliche und soziale Rechte jedenfalls auf internationaler Ebene Akzeptanz finden konnten, bevor dies bei den bürgerlichen und politischen Rechten der Fall war.¹⁴ Schon das Ende des 19. Jahrhunderts war von der Einsicht geprägt, dass die Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf nationaler Ebene der internationalen Koordination und Kooperation bedurfte. Das Resultat der hiervon getragenen Bestrebungen war die Gründung der *International Labour Organisation* im Jahre 1919. Während sich die Arbeit dieser Organisation zunächst nur auf die Verwirklichung derjenigen wirtschaftlichen und sozialen Rechte bezog, welche sich aus dem Recht auf Arbeit ergaben oder hiermit in Zusammenhang standen, wurde ihr Mandat spätestens mit der Erklärung von Philadelphia¹⁵ aus dem Jahre

2. Aufl. 2001) [im Folgenden: Eide/ Krause/ Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights* (1./2. Aufl.)] (1. Aufl.), S. 243-245.

¹² Asbjørn Eide und Allan Rosas, „Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge“, in: Eide/ Krause/ Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights* (2. Aufl.) (Fn. 11), S. 3-7, 4.

¹³ Riedel (Fn. 5), S. 11.

¹⁴ Lucie Lamarche, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne* (Brüssel: Bruylant, 1995) [im Folgenden: Lamarche, *Perspectives occidentales*], S. 29ff., 35; Asbjørn Eide, „Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights“, in: Eide/ Krause/ Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights* (2. Aufl.) (Fn. 11), S. 9-28, 14ff.

¹⁵ *Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation* vom 10. Mai 1944, diese bildet nunmehr den Anhang zur ILO Verfassung (*Constitution of the International Labour Organization*, 466 U.N.T.S 323). Siehe ausführlich hierzu Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 43ff.

1944 auf die Erreichung sozialer Gerechtigkeit insgesamt ausgeweitet. So heißt es dort, dass

*“all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity.”*¹⁶

Auf UN-Ebene nahmen die Bestrebungen nach einem universellen Menschenrechtsschutz dann nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges konkrete Formen an. Die Einsicht, dass die politischen Unruhen und das Entstehen totalitärer Regimes, welche dem Krieg vorausgegangen waren, mitunter durch weitverbreitete Arbeitslosigkeit und Armut bedingt gewesen waren, ließ verstärktes Interesse an der Sicherung wirtschaftlicher und sozialer Rechte für die Zukunft aufkommen.¹⁷ So wurde bereits in der Präambel der Charta der Vereinten Nationen¹⁸ die Notwendigkeit festgeschrieben, wirtschaftlichen Fortschritt und soziale Entwicklung nachhaltig zu fördern. Schließlich wurde die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen mit dem Entwurf einer *„International Bill of Rights“* betraut. Den vorläufigen Höhepunkt der Entwicklung stellte die daraufhin ausgearbeitete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahre 1948 dar, welche erstmals die bürgerlichen und politischen wie auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte in gleicher Form und Wertigkeit zu einem umfassenden Dokument verband.¹⁹

Während die Einbeziehung wirtschaftlicher und sozialer Rechte in die Allgemeine Menschenrechtserklärung noch die Unterstützung aller westlichen Nationen wie auch des gesamten europäischen Ostblocks erhielt,²⁰ offenbarte sich später, als es darum ging, die unverbindlichen

¹⁶ *Ibid.*, unter II (a).

¹⁷ Chisanga Puta-Chewke und Nora Flood, „From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights“, in: Isfahan Merali und Valerie Oosterveld (Hrsg.), *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights* (Philadelphia: Penn, 2001) [im Folgenden: Merali/ Oosterveld, *Economic, Social and Cultural Rights*], S. 39-51, 40; Eide (Fn. 14), S. 29.

¹⁸ *United Nations Charter* vom 26. Juni 1945, U.N.T.S. Bd. XV (1945), 143.

¹⁹ Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 53.

²⁰ Simma/ Bennigsen (Fn. 1), S. 1486 weisen darauf hin, dass „der Beginn der Internationalisierung der Menschenrechte mit einer ebenfalls international spürbaren sozialpolitischen Aktionsbereitschaft“ einherging. So sprach sich vor allem die US-amerikanische Delegation unter Berufung auf Franklin Roosevelt

Garantien der Erklärung in eine verbindliche Konvention zu übertragen, dass die beiden Arten von Menschenrechten allmählich zu Aushängeschildern zweier gegensätzlicher politischer Ideologien geworden waren. Bürgerliche und politische Rechte galten als die wesentlichen Errungenschaften westlicher Demokratien, während sich für die wirtschaftlichen und sozialen Rechte vor allem sozialistisch geprägte Befürworter fanden.²¹

Da an späterer Stelle in dieser Arbeit noch eingehender auf die Entwicklung der UN-Pakte eingegangen werden wird,²² soll hier der Hinweis genügen, dass es jedenfalls auch mit den (damaligen) politisch-ideologischen Auffassungen über die Menschenrechte zusammenhing, dass schlussendlich die Vorgaben der Allgemeinen Menschenrechtserklärung nicht wie geplant in einem einheitlichen „Menschenrechtspakt“ umgesetzt wurden. Stattdessen bildete die Annahme zweier Pakte, nämlich des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte²³ sowie des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte²⁴ im Jahre 1966 den vorläufigen Abschluss des Prozesses der internationalen Menschenrechtskodifikation.

II. Inhalt und Funktion der Rechte: Zwei Kategorien von Menschenrechten

Die Aufspaltung des internationalen Menschenrechtsschutzes in zwei Pakte hat dazu beigetragen, dass sich die Theorie zweier inhärent verschiedener Arten von Menschenrechten – bürgerlichen und politischen

(„*A man in need is not a free man*“) für die Festschreibung wirtschaftlicher und sozialer Rechte aus, siehe Eide (Fn. 14), S. 30.

²¹ Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 60ff.; Matthew C.R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development* (Oxford: Clarendon, 1995) [im Folgenden: Craven, *ICESCR*], S. 9; Paul Hunt, *Reclaiming Social Rights, International and Comparative Perspectives* (Aldershot: Ashgate, 1996) [im Folgenden: Hunt, *Reclaiming Social Rights*], S. 7ff.

²² Siehe unten B.I.1. in diesem Kapitel (S. 17).

²³ *International Covenant on Civil and Political Rights* vom 16. Dezember 1966, U.N.T.S. Bd. 999, 171 bzw. BGBl. 1973 II 1534 [im Folgenden auch „Zivilpakt“ genannt oder abgekürzt als *ICCPR*].

²⁴ Siehe oben Fn. 2.

Rechten einerseits und wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits – weiter perpetuieren konnte.²⁵ Bis heute hält sich die Ansicht, dass diese beiden Kategorien – sei es ihres Inhalts oder ihrer Funktionen und Eigenschaften wegen – grundlegend unterschiedlicher oder sogar gegensätzlicher Natur sind.

Inhaltlich lassen sich wirtschaftliche und soziale Rechte als diejenigen Rechte umschreiben, welche die wirtschaftlich-soziale Entfaltung des Einzelnen betreffen. Ziel ist die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit, um alle Mitglieder der Gesellschaft auch tatsächlich in die Lage zu versetzen, von ihrer Freiheit – welche durch die bürgerlichen und politischen Rechte garantiert wird – Gebrauch machen zu können.²⁶ Diesem Ansatz geht die Einsicht voraus, dass es zur Realisierung rechtlicher Freiheit und Gleichheit der Gewährleistung eines Grundanteils sozialer Lebensgüter bedarf.²⁷ Typische Rechte dieser Art, welche auf die Verschaffung und Sicherung grundlegender Lebensgüter gerichtet sind, sind etwa die Rechte auf Arbeit, auf Wohnung, auf Bildung und auf soziale Sicherheit.²⁸ Unter dieser Prämisse stellt sich die Idee wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte als Mittel der Freiheitssicherung dar und ist damit keinesfalls gegenläufig zum liberal-rechtsstaatlichen Konzept der bürgerlichen und politischen Freiheiten.²⁹ Angesichts dieser rechtstheoretischen Verknüpfung beider Arten von Rechten wird die moralische Legitimität wirtschaftlicher und sozialer Rechte heute auch nur noch selten in Zweifel gezogen.

²⁵ Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 9.

²⁶ Georg Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte* (Tübingen: Mohr, 1971) [im Folgenden: Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*], S. 7.

²⁷ Ausführlich hierzu Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge“, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Jürgen Jekewitz und Thilo Ramm (Hrsg.), *Soziale Grundrechte* (Heidelberg/Karlsruhe: Müller, 1981) [im Folgenden: Böckenförde/ Jekewitz/ Ramm, *Soziale Grundrechte*], S. 7-16, 8f.

²⁸ Siehe im Übrigen die in den Artikeln 22 bis 27 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung enthaltenen Rechte.

²⁹ Eingehend dazu Thilo Ramm, „Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge“, in: Böckenförde/ Jekewitz/ Ramm, *Soziale Grundrechte* (Fn. 27), S. 17-34; vergleiche hierzu auch die Darstellung der „sozialstaatlichen Grundrechtstheorie“ bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“ (1974) 27 *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 1529-1538, 1535.

Weniger Einigkeit besteht jedoch bezüglich der funktionalen Unterschiede zwischen den beiden Kategorien. Die wohl geläufigste, jedoch nicht unumstrittene Abgrenzung ist diejenige, wonach bürgerliche und politische Rechte Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliches Handeln sind, während wirtschaftliche und soziale Rechte dem Bürger einen Anspruch auf staatliches Handeln – vorwiegend in Form von sozialen Leistungen – gewähren.³⁰ Insbesondere in der deutschen Rechtslehre ist die generelle Gleichsetzung von sozialen Rechten mit dem Begriff der Leistungsrechte stark verbreitet.³¹

Diese positiv/ negativ-Dichotomie stellt jedoch meist nur den Ausgangspunkt für eine Reihe weiterer Unterscheidungsmerkmale dar, welche in den nachstehenden Differenzierungen münden:

- die Erfüllung der Leistungsansprüche, welche wirtschaftliche und soziale Rechte zusichern, erfordert die Aufwendung staatlicher Finanzen, während die Gewährleistung der „klassischen“ Freiheitsrechte für den Staat kostenfrei ist;
- die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates hängt vom Wirtschaftswachstum des jeweiligen Landes ab, weswegen wirtschaftliche und soziale Rechte niemals in sofortiger und absoluter Form verwirklicht werden können, sondern sich nur für eine teilweise und progressive Umsetzung eignen;
- der Inhalt der wirtschaftlichen und sozialen Rechte ist daher im Gegensatz zu den bürgerlichen und politischen Freiheiten nicht eindeutig bestimmbar, so dass ihre Gewährleistungen nur programmatischer Art sein können.

Dieser allgemeine Befund gipfelt schließlich in der zentralen Behauptung, dass die beschriebenen Eigenschaften die gerichtliche Einklagbarkeit wirtschaftlicher und sozialer Rechte verhindern und es sich daher nicht um „echte Rechte“ handelt.³²

³⁰ Vasak (Fn. 7), S. 344.

³¹ Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte* (Fn. 26), S. 13; Odendahl (Fn. 6), S. 901; Böckenförde (Fn. 27), S. 10. Kritik an dieser Gleichsetzung übt Nikitas Aliprantis, „Les droits sociaux sont justiciables!“ (2006) *Droit social*, S. 158-163, 161.

³² E.W. Vierdag, „The Legal Nature of the Rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ (1978) 9 *Netherlands International Yearbook*, S. 69-105, 81f.; Marc Bossuyt, „La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels“ (1975) 8 *Human Rights Journal*, S. 783-813, 789ff.

Eine zusammenfassende Darstellung der verwendeten Unterscheidungskriterien präsentiert Scott in folgender Tabelle:³³

<i>Economic, Social and Cultural Rights</i>	<i>Civil and Political Rights</i>
1. <i>Positive</i>	<i>vs. Negative</i>
2. <i>Resource-Intensive</i>	<i>vs. Cost-Free</i>
3. <i>Progressive</i>	<i>vs. Immediate</i>
4. <i>Vague</i>	<i>vs. Precise</i>
5. <i>Unmanageably Complex</i>	<i>vs. Manageable</i>
6. <i>Ideologically Divisive/ Political</i>	<i>vs. Non-Ideological/ Non-Political</i>
7. <i>Non-Justiciable</i>	<i>vs. Justiciable</i>
8. <i>Aspirations or Goals</i>	<i>vs. „Real“ or „Legal“ Rights</i>

Die Kategorisierung der Menschenrechte in der vorstehenden Form ist jedoch in zweifacher Hinsicht problematisch. Zum einen sind alle hier behaupteten Merkmale mehr oder weniger umstritten und bilden einen wesentlichen Teil der intensiven Auseinandersetzung um das Wesen wirtschaftlicher und sozialer Rechte.³⁴ Zum anderen sind diese Merkmale mitnichten als unabhängige oder gleichwertige Kriterien zu betrachten.³⁵ Die vorliegende, undifferenzierte Form ihrer Auflistung und Gegenüberstellung ist demnach als grobe Vereinfachung zu verstehen.

³³ Craig Scott, „The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants of Human Rights“ (1989) 27 Osgoode Hall Law Journal, S. 769-878, 833.

³⁴ Siehe statt vieler G.J.H. van Hoof, „The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views“, in: Philip Alston und Katarina Tomaševski (Hrsg.), *The Right to Food* (Utrecht: Martinus Nijhoff, 1984) [im Folgenden: Alston/ Tomaševski, *The Right to Food*], S. 97-110; sowie Nicolas Jacobs, S. 19-45, welche „La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels“ (1999) 32 *Revue belge de droit international* die Argumente von Vierdag und Bossuyt (beide Fn. 32) zu widerlegen versuchen.

³⁵ So beschreibt Scott (Fn. 33), S. 834 die Zusammenhänge folgendermaßen: “[C]ategory 7 (justiciability) says nothing on its own. Rather, the relationship might be stated as follows: if [economic, social and cultural] rights are 1 through 6, then they are 7 (and, possibly, 8). To some extent, category 5 and category 6

Fest steht damit nur, dass unbestrittenermaßen zwei Kategorien von Menschenrechten existieren, dass jedoch darüber, was diese voneinander unterscheidet, großer Streit herrscht. Es muss daher differenziert werden zwischen der weithin akzeptierten Idee der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte einerseits und ihrer als zutiefst problematisch erachteten rechtlichen Verwirklichung andererseits. Letztere ist es, welche die Frage nach der Justiziabilität dieser Kategorie von Menschenrechten eröffnet. Die damit assoziierten Fragestellungen und Probleme werden an späterer Stelle in diesem Kapitel ausführlich und unter Berücksichtigung der behaupteten Unterschiede zwischen den beiden Kategorien thematisiert.

Abschließend bleibt hier noch eines anzumerken. Die Einteilung der Menschenrechte in zwei Kategorien dient zweifelsohne den Gegnern wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte häufig als Argument für die Marginalisierung dieser Rechte. Doch auch für diejenigen Autoren, die ein Rangverhältnis der Kategorien strikt ablehnen, erweist sich das Arbeiten mit diesen Kategorien nicht nur als unvermeidlich, sondern oft sogar als hilfreich, denn sie bilden die Grundlage für einen verständlichen Diskurs. Gleichzeitig bedeutet dies nicht auch automatisch eine Festlegung auf starre Unterscheidungskriterien. Die Verwendung von Kategorien ermöglicht es vielmehr erst, diese zu erforschen und, wenn nötig, auch zu überdenken.³⁶

III. Interdependenz und Unteilbarkeit der Menschenrechte

Das Prinzip der Interdependenz und Unteilbarkeit der Menschenrechte,³⁷ wie es der Allgemeinen Menschenrechtserklärung zugrunde liegt, besagt, dass politische und bürgerliche sowie wirtschaftliche, soziale

may each be sub-conclusions drawn from any or all of categories 1 through 4. As well, category 8 may be a further conclusion based on category 7."

³⁶ Craig Scott, „Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of ‘Economic, Social and Cultural Rights’“ (1999) 21 Human Rights Quarterly, S. 633-660, 638, 641 befürwortet ein „gesundes Misstrauen“ gegenüber dem derzeitigen Konzept der Kategorisierung und bezeichnet dies als „*analysis that uses categories while challenging categories*.“

³⁷ Oft wird der Anschein erweckt, dass es sich hierbei um zwei getrennte Prinzipien handelt. Die Dokumente, welche hierauf Bezug nehmen, differenzieren jedoch nicht zwischen Interdependenz und Unteilbarkeit. Meist werden beide Begriffe synonym verwendet. Siehe Scott (Fn. 33), S. 779.

und kulturelle Rechte allesamt in untrennbarem Zusammenhang stehen, von gleichwertiger Bedeutung für die volle Entfaltung menschlichen Daseins sind und dementsprechend nicht isoliert geschützt und gefördert werden können.³⁸

Angesichts der diametralen Entwicklung, welche die beiden UN-Menschenrechtspakte nach ihrer Annahme zu nehmen drohten, war man auf internationaler Ebene darauf bedacht, dieses Prinzip wieder stärker in den Vordergrund zu stellen. So unternahm die UN-Vollversammlung bereits kurze Zeit nach dem Inkrafttreten der Pakte vermehrte Bemühungen, zum gleichwertigen Schutz *aller* Menschenrechte aufzurufen:

*“All human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent; equal attention and urgent consideration should be given to the implementation, promotion and protection of both civil and political rights, and economic, social and cultural rights.”*³⁹

Dieses Postulat wurde in der Folgezeit mehrmals bestätigt und weiterentwickelt.⁴⁰ So stellte die UN-Vollversammlung in späteren Resolutionen fest,

“that the promotion and protection of one category of rights can never exempt or excuse States from the promotion and protection of the other rights.”

³⁸ Scott (Fn. 33), S. 786; Rene V. Sarmiento, „Human Rights: Universal? Indivisible? Interdependent?“ (1995) 5 Human Rights Solidarity, *online*: Homepage der Asian Human Rights Commission (www.hrsolidarity.net).

³⁹ GA-Resolution 32/131, „Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms“ vom 16. Dezember 1977, para. 1(a). Siehe auch den Verweis in para. 1(b) auf die „Proclamation of Tehran“ (*Final Act of the International Conference of Human Rights*) vom 13. Mai 1968, wo es in para. 13 heißt: *“Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependent upon sound and effective national and international policies of economic and social development.”*

⁴⁰ GA-Resolutionen 41/117, „Indivisibility and interdependence of economic, social, cultural, civil and political rights“ vom 04. Dezember 1986 und GA-Resolution 42/102 mit dem gleichen Titel vom 07. Dezember 1987. Siehe hierzu und zu den nachfolgenden Resolutionen auch A.A. Cançado Trindade, „La protection des droits économiques, sociaux et culturels: évolutions et tendances actuelles, particulièrement à l’échelle régionale“ (1990) *Revue générale de droit international public*, S. 913-946, 918ff.

Von der *World Conference on Human Rights* wurde in der *Vienna Declaration and Programme of Action* folgende unmissverständliche Formulierung festgeschrieben:

*“The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. [...] [I]t is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.”*⁴¹

Das Prinzip der Interdependenz und Unteilbarkeit ist damit zu einem der zentralen Grundsätze des modernen Menschenrechtsdiskurses geworden und als solches jedenfalls auf internationalem Niveau anerkannt. Sein wesentlicher Zweck liegt heute darin, der (politisch-ideologisch motivierten) Hierarchisierung und Selektion von Menschenrechten entgegenzuwirken⁴² und die Staaten dazu anzuhalten, die in der *International Bill of Rights* festgeschriebenen Rechte in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen. Denn, so lautet die Argumentation, Kategorien sind letztlich nur Teile eines übergeordneten Ganzen, und dem Menschenrechtsschutz insgesamt ist nur mittels eines gesamtheitlichen Ansatzes wirklich geholfen. Allerdings hat dieser Vorstoß in Bezug auf die beiden Kategorien und das ihnen nachgesagte Rangverhältnis bisher nur wenig Erfolg gehabt, denn der Verwirklichung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten wird nach wie vor nur selten die gleiche Bedeutung beigemessen wie der Realisierung bürgerlicher und politischer Rechte.

Davon abgesehen hat ein solches gesamtheitliches Konzept auch seine Schwächen. Die undifferenzierte Bezugnahme auf *alle* Menschenrechte und damit *alle* Menschenrechtsverletzungen kann die einzelnen Rechte unter Umständen als konturenlos und rechtlich nicht unterscheidbar erscheinen lassen.⁴³ Das Prinzip der Unteilbarkeit und Interdependenz der Menschenrechte besagt jedoch lediglich, dass keine der beiden Ka-

⁴¹ World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, UN Doc. A/CONF. 157/23 vom 12. Juli 1993, para. 5.

⁴² Dianne Otto, „Defending Women’s Economic and Social Rights: Some Thoughts on Indivisibility and a New Standard of Equality“, in: Merali/ Oosterveld, *Economic, Social and Cultural Rights* (Fn. 17), S. 52-67, 66. Selektion findet beispielsweise dadurch statt, dass in Bezug auf Frauen die Allgemeingültigkeit der Menschenrechte in manchen Ländern und Kulturkreisen bestritten wird.

⁴³ Scott (Fn. 36), S. 644.

tegorien als solche von minderer Wichtigkeit oder Wertigkeit ist. Dies gilt hingegen nicht für die einzelnen Rechte – nicht alle Menschenrechte sind gleich bedeutsam.⁴⁴ Die tendenzielle Assimilierung aller Rechte droht wichtige Unterschiede einzuebnen und kann die Berufung auf die Unteilbarkeit aller Menschenrechte sogar zu einem Hindernis für die sachgerechte Erörterung von Menschenrechtsfragen machen.

Für den Fortgang dieser Arbeit und die weitere Auseinandersetzung mit dem Thema der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte bilden die vorstehenden Erläuterungen einschließlich der zahlreichen Streitpunkte das ausschlaggebende theoretische Fundament. Es wird uns im Folgenden ein ständiger Begleiter sein, wobei sich insbesondere die Diskussion um die vermeintlichen oder tatsächlichen Unterschiede der beiden Kategorien von Menschenrechten wie ein roter Faden durch die gesamte Untersuchung ziehen wird, angefangen beim nächsten Abschnitt, der sich den völkerrechtlichen Grundlagen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte widmet.

B. Die völkerrechtlichen Grundlagen

I. Der UN-Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR)

1. Entstehung und Verhältnis zum ICCPR

Wie bereits zu Beginn dieses Kapitels erwähnt, bildet der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR) einen der beiden Hauptpfeiler der *International Bill of Rights*. Gemeinsam mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR) am 16. Dezember 1966 mit Resolution 2200 (XXI) von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen, traten beide Pakte am 3. Januar 1976 in Kraft.

Wenngleich sich das Inkrafttreten der beiden UN-Pakte *prima facie* als logische Folge der mit der Annahme der Allgemeinen Menschenrechtserklärung initiierten Entwicklung auf dem Gebiet des internationalen Menschenrechtsschutzes darstellt, so erscheint es doch in diesem Zusammenhang wesentlich, den dazwischen liegenden Prozess genauer zu beleuchten. Denn wie bereits angedeutet, war die UN-Menschenrechts-

⁴⁴ *Ibid.*

kommission ursprünglich von der Generalversammlung mit der Ausarbeitung nur eines Instruments beauftragt worden, welches die in der Erklärung vorgesehenen Rechte in verbindlicher Form festschreiben und ihnen gleichzeitig geeignete Durchsetzungsmechanismen zur Seite stellen sollte.⁴⁵

Ein erster Entwurf dieses Dokumentes enthielt hingegen nur einen Katalog bürgerlicher und politischer Rechte sowie Vorschläge zu deren Durchsetzung. Dieser wurde zusammen mit Anregungen zur Aufnahme von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten den Staaten zur Stellungnahme übermittelt.⁴⁶ Dabei wurde offenbar, dass die Ansichten darüber, welche Rechte aufzunehmen seien und wie deren Implementierung zu gestalten sei, erheblich auseinander gingen. Dies hing auch mit dem jeweiligen Verständnis und Wert, den die Mitgliedstaaten der Allgemeinen Menschenrechtserklärung zumaßen, zusammen. So gingen die westlichen Staaten strikt von der rein deklaratorischen Wirkung der Erklärung aus und sahen daher keinerlei Notwendigkeit, sich zukünftig an die Einhaltung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte binden zu lassen.⁴⁷ Aber auch die Ostblockstaaten, welche sich grundsätzlich für die Festschreibung von wirtschaftlichen und sozialen Rechten aussprachen, standen der Idee, die Einhaltung dieser Rechte durch ein unabhängiges Kontrollorgan überwachen zu lassen, ablehnend gegenüber.⁴⁸

⁴⁵ GA-Resolution 217 E (III) (1949), „Covenant on Human Rights and its Measures of Implementation“, zitiert in Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 17 in Fn. 89.

⁴⁶ Siehe den Bericht der Kommission zur 5. Sitzung, UN Doc. E/1371, 9 UN ESCOR, Supp. (No. 10) (1949), zitiert in Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 17 in Fn. 90.

⁴⁷ So vor allem die Vereinigten Staaten und das Vereinigte Königreich, siehe die ausführliche Darstellung der Entwurfsverhandlungen bei Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 60ff.

⁴⁸ Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 64. Lamarche kritisiert daher das Verhalten sowohl der westlichen Nationen als auch des Ostblocks in den Verhandlungen zur Umsetzung der Menschenrechtserklärung: „*Ce qui frappe, lors de l'examen de ces débats, c'est l'irréconciliable mauvaise volonté tant du bloc de l'Est que de l'Ouest en regard des droits économiques et sociaux de la personne. L'Ouest préférerait ignorer les termes mêmes de la Déclaration et l'Est, tout en favorisant une démarche énonciatrice de l'ensemble de ces droits, s'acharnait à en interdire la mise en œuvre, au plan international, au nom de la souveraineté des États. Il bafouait ainsi à sa façon l'objet de la Déclaration!*“

Vor allem jedoch drehten sich die Argumente der Gegner und Befürworter um die Fragen der Rechtsnatur und der Justiziabilität der wirtschaftlichen und sozialen Rechte. Viele Staaten hielten die Einbeziehung dieser Rechte in ein verbindliches Vertragsdokument aufgrund dieser Unklarheiten für verfrüht, so dass die Kommission entschied, sich für die eingehendere Untersuchung der aufgeworfenen Fragen mehr Zeit zu nehmen, und fortan begann, zwei separate Pakte zu entwerfen.⁴⁹ Dieses Vorhaben wurde schließlich von der Generalversammlung gebilligt,⁵⁰ und die weitere Entwicklung der beiden Pakte ging von nun an getrennte Wege, wenngleich aufgrund des Insistierens der Generalversammlung beide gleichzeitig angenommen werden und so viele gleichlautende Vorschriften wie möglich enthalten sollten.⁵¹ Beide Vorgaben wurden am Ende erfüllt. Im Unterschied zum ICCPR, für dessen Durchsetzung eigens der UN-Menschenrechtsausschuss geschaffen und ein Freiwilliges Zusatzprotokoll⁵² für ein formelles Individualbeschwerdeverfahren angenommen wurde, überließ man jedoch die Verantwortung für die Implementierung der Rechte im ICESCR ohne Festlegung eines bestimmten Verfahrens allein dem Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen.⁵³

Das Fehlen eines effektiven Durchsetzungsmechanismus trug schließlich dazu bei, dass der ICESCR nie die gleiche Popularität erlangen konnte wie der ICCPR. Dem Sozialpakt brachte dies die Beurteilung ein, er stelle „ohne Zweifel das Aschenbrödel unter den im Rahmen der UN zustande gekommenen Menschenrechtskonventionen dar – den meisten unbekannt, und von den wenigen, die ihn überhaupt zur

⁴⁹ Siehe den Bericht der Kommission zur 6. Sitzung, UN Doc. E/1681, II UN ESCOR, Supp. (No. 5) (1950), zitiert in Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 18 in Fn. 93.

⁵⁰ „Rédaction des articles sur les droits économiques, sociaux et culturels“, GA-Resolution 543 (VI) (1952) (Franz. Version), zitiert in Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 66 in Fn. 90.

⁵¹ Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 19-20 mit Nachweisen der relevanten UN-Dokumente.

⁵² *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* vom 16. Dezember 1966, U.N.T.S. Bd. 999, 171.

⁵³ *United Nations Economic and Social Council* (ECOSOC), siehe Art. 16ff. ICESCR; mit ECOSOC Resolution 1985/17 vom 28. Mai 1985 wurde das Komitee für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (CESCR)) geschaffen, welches das *Monitoring* für den ICESCR übernahm.

Kenntnis nehmen, oft (gewollt oder ungewollt) missverstanden“.⁵⁴ Tatsächlich existierte der ICESCR bis 1986 lediglich als textliche Referenz für die Diskussion um das Für und Wider seiner Garantien. Erst seit das Berichtsprüfungsverfahren reformiert und der neugeschaffene UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hiermit beauftragt wurde,⁵⁵ lassen sich konkrete Tendenzen erkennen, dem Sozialpakt in ähnlicher Weise Wirkung zu verschaffen wie dem Pakt für bürgerliche und politische Rechte. Diese Tendenzen haben jüngst zur Annahme eines Fakultativprotokolls geführt, durch welches dem ICESCR ein Individualbeschwerdeverfahren wie es für die ICCPR bereits existiert, zur Seite gestellt wird.⁵⁶ Ungeachtet seines Alters muss der Pakt angesichts dieser späten Entwicklungen als relativ „neues“ Menschenrechtsinstrument angesehen werden. Derzeit gehören ihm 160 Staaten an.⁵⁷

2. Die geregelten Rechte im Überblick

Der Sozialpakt besteht aus einer Präambel⁵⁸ und 31 Artikeln, welche in fünf Teile gegliedert sind. Der erste Teil enthält nur einen einzigen Artikel, welcher dem Selbstbestimmungsrecht der Völker gewidmet ist. Zusammen mit der identischen Vorschrift im Zivilpakt bildet dieses Recht den Rahmen des gesamten individuellen Menschenrechtsschutzes – die

⁵⁴ Bruno Simma, „‘Die vergessenen Rechte’: Bemühungen zur Stärkung des VN-Sozialpakts“, in: Franz Ruland, Bernd Baron von Maydell und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans Zacher* (Heidelberg: Müller, 1998), S. 867-882, 868. Hier finden sich weitere metaphorische „Kosenamen“ für den Pakt: „zahnloser Papiertiger“, „Trojanisches Pferd des Marxismus“, „Mauerblümchen“.

⁵⁵ Zu den Entwicklungen hinsichtlich der Durchsetzung des ICESCR siehe unten C.II.2.b) in diesem Kapitel (S. 55).

⁵⁶ Siehe unten C.II.2b) in diesem Kapitel (S. 55).

⁵⁷ Stand: Dezember 2010. Quelle: United Nations Treaty Collection, *online*: <http://treaties.un.org/>.

⁵⁸ Die Präambel des ICESCR ist fast identisch mit der des ICCPR. Es wird jeweils auf die Gesamtheit aller Menschenrechte Bezug genommen und eine ausdrückliche Verbindung zur Charta der Vereinten Nationen und zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte hergestellt.

Synthese aller universell anerkannten Menschenrechte.⁵⁹ Teil II des Sozialpaktes enthält die allgemeinen Bestimmungen, welche auf die materiellen Rechte im dritten Teil Anwendung finden. Die zentrale Vorschrift des zweiten Teils ist unzweifelhaft Art. 2 Abs. 1, welcher Natur und Umfang der Vertragspflichten in einer umfassenden Formel darlegt. Hierauf wird im nächsten Abschnitt zurückzukommen sein. Teil IV und V beschließen den Pakt mit Regelungen über die Kontrolle der Vertragserfüllung und über die Modalitäten von Ratifizierung und Inkrafttreten des Paktes.

Das Herzstück des Paktes ist jedoch der in Teil III (Artikel 6 bis 15) niedergelegte vertragliche Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte. Als materielle Rechte sind darin anerkannt: das Recht auf Arbeit (Art. 6), das Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (Art. 7), die gewerkschaftlichen Rechte sowie das Streikrecht (Art. 8), das Recht auf soziale Sicherheit einschließlich der Sozialversicherung (Art. 9), das Recht von Familien, Müttern und Kindern auf besonderen Schutz (Art. 10), das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11), das Recht auf ein Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit (Art. 12), das Recht auf Bildung (Art. 13 und 14) und schließlich das Recht, am kulturellen Leben und den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts teilzuhaben (Art. 15).

Mit diesen Artikeln wurden die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in vertraglich bindendes Völkerrecht umgegossen. Lediglich das in Art. 17 der Menschenrechtserklärung statuierte Recht auf Eigentum erweist sich als offensichtlich fehlend.⁶⁰ Auch wurden die wirtschaftlichen Rechte – vor allem das Recht auf Arbeit – im Vergleich zu anderen internationalen Instrumenten⁶¹ eher knapp formuliert. Umso mehr besteht der Sozialpakt aber im Hinblick auf die Bandbreite der sozialen

⁵⁹ Scott (Fn. 33), S. 822ff. sieht im Selbstbestimmungsrecht der Völker die verstärkte Forderung nach einer praktischen Umsetzung des Prinzips der Unteilbarkeit und Interdependenz der Menschenrechte.

⁶⁰ Das Recht auf Eigentum ist auch im ICCPR nicht geregelt. Vorschläge für eine Aufnahme in den ICESCR wurden zunächst eingebracht, aber wegen Meinungsverschiedenheiten in den Fragen der Enteignung und Enteignungsschädigung nicht verwirklicht; vgl. Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 25.

⁶¹ Siehe insbesondere die zu speziellen Aspekten des Rechts auf Arbeit angenommenen ILO-Konventionen, mittlerweile über 180 an der Zahl. Sie sind auf der Internetseite der Internationalen Arbeitsorganisation (www.ilo.org) abrufbar.

und kulturellen Gewährleistungen.⁶² So existierten bis zum Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte („*Protocol of San Salvador*“⁶³) im Jahre 1999 auf internationalem Niveau beispielsweise keinerlei vergleichbare Regelungen eines Rechts auf Nahrung (im Rahmen des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard) oder eines Rechts auf Bildung.

Verletzungen der Rechte des Sozialpaktes werden hingegen nur selten von der internationalen Öffentlichkeit wahrgenommen. Ein Grund hierfür wird in der höchst abstrakten Formulierung der Rechte gesehen, welche den Inhalt und Umfang der meisten Rechte im Unklaren ließen.⁶⁴ Schon während der Entwurfsverhandlungen war man sich nicht darüber einig, wie stark die Vorschriften ins Detail gehen sollten. Schließlich wurden allgemeine Formulierungen vorgezogen, um den Anwendungsbereich der Rechte nicht unnötig zu beschränken und Raum zu lassen für eine dynamische Interpretation.⁶⁵ Allerdings wurde die Vertragskontrolle hierdurch ungleich erschwert. Dementsprechend wurden im Laufe der Zeit einige der wirtschaftlichen, sozialen und kul-

⁶² Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 24. Genauer zur Einteilung der Rechte in „wirtschaftliche“, „soziale“ und „kulturelle“ Rechte: Fons Coomans, „Economic, Social and Cultural Rights“, in: Fons Coomans und Marlies Galenkamp (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights/ Collective Rights* (Utrecht: SIM, 1995), S. 3-51, 3ff.

⁶³ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights „Protocol of San Salvador“ vom 17. November 1988, in Kraft getreten am 16. November 1999, OAS Treaty Series 69, 17.

⁶⁴ Simma/ Bennigsen (Fn. 1), S. 1491.

⁶⁵ Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 25f.

turellen Rechte durch spezielle Dokumente konkretisiert;⁶⁶ für manche gibt es inzwischen besondere Berichterstatter (*Special Rapporteurs*).⁶⁷

Immer wieder sind jedoch auch Stimmen vernehmbar, welche die Realisierbarkeit des Sozialpaktes *per se* in Zweifel ziehen.⁶⁸ So wird zum Teil argumentiert, dass der Pakt in Zeiten wirtschaftlichen Aufschwungs zustande gekommen sei, heute jedoch nicht mehr als realisierbar betrachtet werden könne.⁶⁹ Dem wird in der Regel die Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 entgegengehalten, welche im Folgenden erörtert wird.

3. Die Vorschrift des Art. 2 Abs. 1: Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher und sozialer Rechte

Konkrete Gestalt erhält der Rechtekatalog des Sozialpaktes nach verbreiteter Auffassung⁷⁰ erst im Zusammenhang mit der generalklauselar-

⁶⁶ Siehe beispielsweise Commission on Human Rights, „The right to food“, UN Doc. E/CN.4/2000/48 vom 13. Januar 2000; „Progress report of the Special Rapporteur on the right to education“, UN Doc. E/CN.4/2000/6 vom 01. Februar 2000; und „Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living“, UN Doc. E/CN.4/2001/51 vom 25. Januar 2001; sowie United Nations High Commissioner for Human Rights, „The Human Right to Adequate Housing, Fact Sheet No. 21/Rev. 1“, (Genf: United Nations, 2009), *online*: www.ohchr.org.

⁶⁷ Dies ist derzeit der Fall für die Rechte auf Bildung, Nahrung, Gesundheit und Wohnung.

⁶⁸ Alfred Verdross und Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 3. Aufl. 1984), § 1247. Siehe aber den Sinneswandel bei Simma (Fn. 54), S. 870.

⁶⁹ Christian Tomuschat, „Human Rights in a World-Wide Framework – Some Current Issues“ (1985) 45 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, S. 547-584, 566; und ders., „International Standards and Cultural Diversity“, in: UN (Hrsg.), Bulletin of Human Rights, Special Issue – Human Rights Day 1985 (Geneva: United Nations, 1986), S. 24-35, 34 mit der Einschätzung, dass der Pakt „*must be subjected to serious criticism because it is guilty of the sin of excessive perfectionism.*“

⁷⁰ Siehe beispielsweise Simma/ Bennigsen (Fn. 1), S. 1487f.; Eibe Riedel, „Zur Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im Völkerrecht“, in: Thomas Giegerich und Andreas Zimmermann (Hrsg.), *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im globalen Zeitalter* (Berlin: Duncker und Humblot, 2008) [im Folgenden: Giegerich/ Zimmermann, *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im globalen Zeitalter*], S. 71-93, 81.

tigen Kernbestimmung des Art. 2 Abs. 1, welcher sowohl über den materiellen Gehalt des Vertrages als auch über seine Implementierung Aufschluss gibt. Das Ausmaß der staatlichen Verpflichtungen in Bezug auf die statuierten Rechte wird hiernach wie folgt beschrieben:

“Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

Diese Formulierung gibt Anlass zu einer ganzen Reihe von Diskussionen um Art und Reichweite der Staatenverpflichtungen nach dem Sozialpakt.⁷¹ Aus Platzgründen und angesichts der tendenziellen Fokussierung dieser Arbeit auf den innerstaatlichen Bereich kann an dieser Stelle nur ein knapper Überblick über die mit dieser Vorschrift verbundenen Problematiken gegeben werden. Soweit relevant, erfolgt eine eingehendere Erörterung im Laufe der weiteren Untersuchung.

Art. 2 Abs. 1 des Sozialpaktes enthält vier wesentliche Elemente. Zum Zwecke der (1) progressiven Vollverwirklichung aller wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte müssen die Vertragsstaaten hiernach (2) Maßnahmen treffen, und zwar (3) mittels geeigneter Mittel und (4) unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten.⁷² Von diesen Elementen stellt ohne Zweifel das Konzept der progressiven, schrittweisen Verwirklichung der Rechte den ausschlaggebenden Bestandteil der Vorschrift, wenn nicht des gesamten Paktes, dar. Der Sozialpakt war das erste und lange Zeit das einzige Menschenrechtsinstrument, welches sich dieses Konzeptes bediente,⁷³ weswegen von jeher umstritten war,

⁷¹ Siehe die ausführliche Analyse von Kristina Klee, *Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte* (Stuttgart: Boorberg, 2000) [im Folgenden: Klee, *Progressive Verwirklichung*].

⁷² Man beachte, dass in der deutschen Übersetzung von Art. 2 Abs. 1 ICESCR von den „Möglichkeiten“ des Staates die Rede ist, während es in der englischen, authentischen Version „resources“ heißt. Ob damit nur finanzielle Mittel gemeint sind, diskutiert Klee, *Progressive Verwirklichung* (Fn. 71), S. 123.

⁷³ Siehe mittlerweile Artikel 1 des *Protocol of San Salvador* (Fn. 63) mit dem Titel „*Obligation to adopt measures*“: *“The States Parties to this Additional Protocol to the American Convention on Human Rights undertake to adopt the necessary measures, both domestically and through international cooperation, especially economic and technical, to the extent allowed by their available re-*

ob sich aus dem Pakt überhaupt unmittelbar zu erfüllende Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten ergeben.⁷⁴

Die *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*,⁷⁵ welche im Jahre 1986 von einem internationalen Expertengremium entwickelt wurden, bemerken hierzu:

*“The obligation ‘to achieve progressively the full realization of the rights’ requires States parties to move as expeditiously as possible towards the realization of the rights. Under no circumstances shall this be interpreted as implying for States the right to defer indefinitely efforts to ensure full realization.”*⁷⁶

Das Merkmal der progressiven Verwirklichung der Paktrechte bedeutet somit nicht, dass die Vertragsstaaten hierdurch aus ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen entlassen würden, und es kann auch nicht als Vorwand für das Untätigbleiben der Staaten benutzt werden.⁷⁷ Dieser Ansicht schloss sich später auch das UN-Komitee für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte in seinem *General Comment* zu Art. 2 Abs. 1 an.⁷⁸ Zuletzt enthielten die *Maastricht Guidelines on Violations*

sources, and taking into account their degree of development, for the purpose of achieving progressively and pursuant to their internal legislations, the full observance of the rights recognized in this Protocol.”

⁷⁴ Derartige Bedenken wurden bereits während der Entwurfsverhandlungen geäußert, siehe die Nachweise bei Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 131 in Fn. 149 und 150.

⁷⁵ UN Doc. E/CN.4/1987/17, Annex, abgedruckt in 9 Human Rights Quarterly (1987), S. 122-135 [im Folgenden: *Limburg Principles*].

⁷⁶ *Ibid.*, para. 21.

⁷⁷ Scott Leckie, „Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, in: Theo Boven, Cees Flinterman und Ingrid Westendorp (Hrsg.), *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* (Utrecht: SIM, 1998), S. 35-86, 49 [im Folgenden: Boven/ Flinterman/ Westendorp, *Maastricht Guidelines*]; Bruno Simma, „Soziale Grundrechte und das Völkerrecht“, in: Peter Badura und Rupert Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche* (München: Beck, 1993), S. 83-94, 86.

⁷⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, „General Comment No. 3: The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1)“, UN Doc. E/1991/23, Annex III [im Folgenden: *General Comment No. 3*]. Dort heißt es in para. 9: *“the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. [...] [T]he phrase must be read in the light of the overall*

of *Economic, Social and Cultural Rights* von 1997 die Bestätigung, dass der Sozialpakt die Vertragsstaaten trotz der Progressivität verpflichtet, Maßnahmen entweder sofort oder jedenfalls so schnell wie möglich zu treffen.⁷⁹

Somit stellt sich als nächstes die Frage, welche Maßnahmen gemäß Art. 2 Abs. 1 erforderlich sind. Die Formulierung „*undertakes to take steps*“ reflektiert zunächst einmal nur die allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung, die nötigen Schritte zur Durchführung des Paktes vorzunehmen.⁸⁰ Im Falle von Menschenrechtsinstrumenten ist damit die Dreiertypologie „*to respect, protect, and fulfil*“ (Eide'sche Formel)⁸¹ sowie die Unterscheidung zwischen „*obligations of conduct*“ und „*obligations of result*“⁸² gemeint.

Traditionell wurden die Verpflichtungen, welche aus wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten erwachsen, als „*obligations of result*“ (Erfolgsverpflichtungen) qualifiziert und damit vorausgesetzt, dass diese einhergehen mit der Pflicht, diese Rechte zu erfüllen („*to fulfil*“).⁸³

objective, indeed the raison d'être, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal.”

⁷⁹ *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, in Boven/ Flinterman/ Westendorp, *Maastricht Guidelines* (Fn. 77), S. 1-12, auch abgedruckt in 20 *Human Rights Quarterly* (1998), S. 705-730 [im Folgenden: *Maastricht Guidelines*], para. 8.

⁸⁰ Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 114.

⁸¹ Asbjørn Eide, „Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach“ (1989) 10 *Human Rights Law Journal*, S. 35-51, 37: „*the obligation to respect requires the state to abstain from doing anything that violates the integrity of the individual or infringes on his or her freedom; the obligation to protect requires the state to prevent other individuals from violating the integrity, freedom of action, or other human rights of the individual; the obligation to fulfill requires the state to take measures necessary to ensure for each person opportunities to obtain satisfaction of those needs which cannot be secured by personal efforts.*”

⁸² *Ibid.*, 38: „*An obligation of conduct points to the behaviour which the duty-holder should follow or abstain from. An obligation of result is concerned with the results which the duty-holder should achieve or avoid.*”

⁸³ Siehe den Bericht der International Law Commission, *Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Twenty-Ninth Session* (1977), UN Doc. A/CN.4/1977/Add.1 (Part 2), abgedruckt in *Yearbook of the*

Bürgerlichen und politischen Rechten wurden hingegen primär Achtungs- und Schutzpflichten („*to respect and to protect*“) zugeordnet, welche aus einer „*obligation of conduct*“ (Verhaltensverpflichtung) resultieren. Inzwischen ist jedoch anerkannt, dass diese Unterscheidungen in derart generalisierender Form unzutreffend sind.⁸⁴ So stellen die *Maastricht Guidelines* klar, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ebenso wie politische und bürgerliche Rechte alle drei Formen von Staatenverpflichtungen auferlegen – *respect, protect and fulfil* – und dass die Nichterfüllung jeder dieser drei Pflichtenkategorien eine Rechtsverletzung begründet.⁸⁵ Des Weiteren wird die Unterscheidung nach Erfolgs- und Verhaltensverpflichtungen aufgegeben:

“*The obligations to respect, protect and fulfil each contain elements of obligation of conduct and obligation of result,*”⁸⁶

wodurch einmal mehr das Prinzip der Unteilbarkeit und Interdependenz der beiden Menschenrechtskategorien bestätigt wird.⁸⁷

Somit ergeben sich aus Art. 2 Abs. 1 des Sozialpaktes eine Reihe ganz unterschiedlicher Verpflichtungen, welche jedoch allesamt mit „allen geeigneten Mitteln“ („*by all appropriate means*“), und zwar insbesondere im Wege gesetzgeberischer Maßnahmen („*particularly the adoption*

International Law Commission, Vol. II, S. 18-30, 19. Auch die *Limburg Principles* (Fn. 75) scheinen zu bestätigen, dass der ICESCR grundsätzlich auf Erfüllungspflichten und damit auf die Herstellung eines bestimmten Erfolges („*full realization*“) angelegt ist; vgl. die Ausführungen von E.V.O. Dankwa und Cees Flinterman, „Commentary by the Rapporteurs on the Nature and Scope of States Parties' Obligations“ (1987) 9 Human Rights Quarterly, S. 136-146, 139.

⁸⁴ Dazu ausführlich Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia, 2003) [im Folgenden: Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the ICESCR*], S. 188ff.

⁸⁵ *Maastricht Guidelines* (Fn. 79), para. 6; zur Verpflichtung des Staates, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte zu schützen (im regionalen Kontext), siehe Aoife Nolan, „Addressing Economic and Social Rights Violations by Non-State Actors through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the ‘Obligation to Protect’“ (2009) 9 Human Rights Law Review, S. 225-255.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 7. Siehe auch Leckie (Fn. 77), S. 48.

⁸⁷ Victor Dankwa, Cees Flinterman und Scott Leckie, „Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights“ (1998) 20 Human Rights Quarterly, S. 705-730, 715; Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the ICESCR* (Fn. 84), S. 247.

of legislative measures“), zu erfüllen sind. Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sieht hierin die Grundlage für einen größtmöglichen Entscheidungsspielraum der Vertragsstaaten und nennt beispielhaft neben gesetzgeberischen auch administrative, finanzielle, pädagogische und soziale Maßnahmen als mögliche Mittel im Sinne der Vorschrift.⁸⁸ Diese große Bandbreite der als geeignet erachteten Mittel stelle ein Maß an Flexibilität her, welches es Staaten aller politischen und wirtschaftlichen Strukturen erlaube, die Rechte des Sozialpaktes umzusetzen.⁸⁹

Die Bedeutung der gesetzgeberischen Umsetzung der Rechte wird dennoch als besonders wichtig hervorgehoben:

*“The Committee recognizes that in many instances legislation is highly desirable and in some cases may even be indispensable.”*⁹⁰

Gesetzgeberische Maßnahmen sind somit jedenfalls dann zwingend erforderlich, wenn die existierende Gesetzeslage in einem Vertragsstaat im Widerspruch zu den nach dem Pakt übernommenen Verpflichtungen steht.⁹¹ In einem späteren *General Comment* zur innerstaatlichen Anwendung des Paktes stellt der Ausschuss ferner fest, dass gerichtliche Maßnahmen, also das Bereitstellen gerichtlicher Beschwerdemöglichkeiten im Falle der Verletzung von Paktrechten, in der Regel notwendig sind, um Maßnahmen anderer Art zu verstärken und zu unterstützen.⁹²

Eine Einschränkung erhalten die so definierten Staatenverpflichtungen schließlich dadurch, dass ihre Erfüllung von den dem Staat verfügbaren Ressourcen abhängig gemacht wird („to the maximum of its available resources“).⁹³ Ebenso wie das Merkmal der progressiven Verwirkli-

⁸⁸ *General Comment No. 3* (Fn. 78), para. 7.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 8, so auch schon die *Limburg Principles* (Fn. 75), para. 6. Siehe ferner Philip Alston und Gerard Quinn, „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ (1987) 9 *Human Rights Quarterly*, S. 156-229, 181ff.

⁹⁰ *General Comment No. 3* (Fn. 78), para. 3.

⁹¹ Alston/ Quinn (Fn. 89), S. 167.

⁹² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, „*General Comment No. 9: The domestic application of the Covenant*“, UN Doc. E/C.12/1998/24 [im Folgenden: *General Comment No. 9*], para. 3.

⁹³ Der in den authentischen englischen und französischen Versionen des Paktes benutzte Begriff „resources“ wird zum Teil als auf finanzielle Ressourcen beschränkt interpretiert, siehe beispielsweise Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 137. Anders dagegen Klee, *Progressive Verwirklichung* (Fn. 71), S. 123.

chung bedeutet jedoch auch der Ressourcenvorbehalt nicht, dass die Vertragsstaaten hierdurch die Erfüllung ihrer Verpflichtungen ins Ungewisse aufschieben könnten. Es handelt sich vielmehr um die Anerkennung der schlichten Tatsache, dass viele Staaten nicht die nötigen finanziellen Mittel besitzen, um auf der Stelle weitreichende Maßnahmen zur Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Situation einzuleiten.⁹⁴ Allerdings bedeutet dies auch bei schlechtester Wirtschaftslage nicht, dass sich die Verpflichtungen aus dem Pakt auf null reduzieren. Die *Limburg Principles* konstatieren hierzu:

*“States Parties are obligated, regardless of the level of economic development, to ensure respect for minimum subsistence rights for all.”*⁹⁵

Nach diesem Ansatz bestehen somit jederzeit, unabhängig von der Finanz- und Wirtschaftslage eines Vertragsstaates, sogenannte „*minimum core obligations*“, also unabdingbare Minimalverpflichtungen in Bezug auf alle Paktrechte.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich somit ein recht komplexes Bild der Staatenverpflichtungen nach dem Sozialpakt. Konkrete Anhaltspunkte dafür, welche Maßnahmen es zu treffen und welche Ziele es zu erreichen gilt, ergeben sich jedenfalls nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Sozialpaktes.⁹⁶ Möglicherweise ist dies ein Grund dafür, dass später nach anderen Strategien gesucht wurde, um Staaten zur Verwirklichung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zu verpflichten. Das Ergebnis dieser Suche offenbart ein Blick auf die Europäische Sozialcharta.

⁹⁴ Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 136.

⁹⁵ *Limburg Principles* (Fn. 75), para. 25; später bestätigt in *General Comment No. 3* (Fn. 78), para. 10; und in den *Maastricht Guidelines* (Fn. 79), para. 10. Näheres zum Konzept der „*minimum core obligations*“ unten in Kapitel 5, S. 291ff.

⁹⁶ Die Bemühungen um eine Konkretisierung der Verpflichtungen aus dem Sozialpakt dauern dagegen fort, vergleiche *Report of the High Commissioner for Human Rights on implementation of economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/2009/90 vom 8. Juni 2009.

II. Die Europäische Sozialcharta

Auf regionaler Ebene existieren einige wenige völkerrechtliche Vertragssysteme zum Schutz von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten,⁹⁷ von denen für die vorliegende Arbeit die Europäische Sozialcharta (ESC)⁹⁸ von besonderem Interesse ist. Sie gilt als eine der beiden Säulen, auf denen heute der Menschenrechtsschutz in Europa beruht. Allerdings ist die ESC weit davon entfernt, die wirtschaftlichen und sozialen Rechte auch nur annähernd so effektiv zu schützen, wie dies die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)⁹⁹ bezüglich der von ihr normierten bürgerlichen und politischen Rechte tut. Das Verhältnis von ESC und EMRK ist daher mit dem zwischen ICESCR und ICCPR vergleichbar.

1. Entstehung der ESC

Ebenso wie bei den beiden UN-Pakten liegen die Wurzeln von ESC und EMRK in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung und auch im Rahmen des Europarates hatte man sich ursprünglich zum Ziel gemacht, alle darin vorgegebenen Rechte in einem Dokument zu vereinen.¹⁰⁰ Das Statut des Europarates aus dem Jahre 1949 unterscheidet dementsprechend nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Men-

⁹⁷ So das *Protocol of San Salvador* (Fn. 63) im Rahmen des Inter-Amerikanischen Menschenrechtssystems (siehe hierzu allgemein Bernard Duhaime, „Le Système interaméricain et la protection des droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des groupes vivant dans des conditions particulières de vulnérabilité“ (2006) 44 *Canadian Yearbook of International Law*, S. 95-160), ferner die Artikel 15-18 der African („Banjul“) *Charter on Human and Peoples' Rights* vom 27. Juni 1981, 21 I.L.M. 58 (1982).

⁹⁸ *European Social Charter* vom 18. Oktober 1961, ETS No. 35, BGBl. 1964 II 1261; *European Social Charter (Revised)* vom 03. Mai 1996, ETS No. 163.

⁹⁹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* vom 04. November 1950, ETS No. 005.

¹⁰⁰ Alexandre Berenstein, „Les droits économiques et sociaux garantis par la Charte Sociale Européenne“, in: Daniel Turp und Gerald A. Beaudouin (Hrsg.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (Cowansville: Yvon Blais, 1986) [im Folgenden: Turp/ Beaudouin, *Perspectives canadiennes*], S. 405-434, 408.

schenrechten.¹⁰¹ Sehr bald ergaben sich aber auch in den Reihen des Europarates Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Funktion wirtschaftlicher und sozialer Rechte,¹⁰² so dass 1950 zunächst nur die EMRK beschlossen wurde, welche laut Präambel als erster Schritt zur kollektiven Sicherung der in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung normierten Rechte zu verstehen sein sollte.¹⁰³

Erst drei Jahre später beschäftigte man sich erneut mit den übrigen, bisher unberücksichtigt gebliebenen Rechten.¹⁰⁴ Diesbezüglich lautete der Vorschlag des Generalsekretärs des Europarates, eine Charta zu entwerfen, welche die Ziele der europäischen Sozialpolitik vorgeben sollte, verbunden mit der Statuierung derjenigen Verpflichtungen, welche die Staaten zu diesem Zwecke zu übernehmen bereit waren. Zu diesem Zeitpunkt handelte es sich somit mehr um ein politisches als um ein juristisches Projekt. Dies spiegelte auch der erste Entwurf der ESC, welcher 1955 vorgestellt wurde, wider, denn die darin statuierten Verpflichtungen besaßen lediglich deklaratorischen Charakter. Im Laufe der sechs weitere Jahre dauernden Ausarbeitung einigte man sich schließlich darauf, dass ein zweigeteiltes Dokument, bestehend aus einem deklaratorischen Teil und einem Teil zur Festsetzung bindender Pflichten, entstehen sollte. Dem entspricht die Struktur der am 18. Oktober 1961 verabschiedeten Europäischen Sozialcharta, welche schlussendlich am 26. Februar 1965 in Kraft trat.¹⁰⁵

Die 1961 beschlossene Version der ESC war jedoch von Anfang an der Kritik ausgesetzt, dass es sich hierbei um eine Einigung auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ handelte – die getroffenen Regelungen blieben in der Regel hinter schon existierenden internationalen Abkommen (vor allem solchen im Rahmen der ILO) zurück, andere Rechte fehlten schlicht.¹⁰⁶ Ferner waren die statuierten Verpflichtungen in derart kasu-

¹⁰¹ *Statute of the Council of Europe* vom 05. Mai 1949, ETS No. 001; vgl. Art. 1 Abs. b und Art. 3.

¹⁰² Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 85.

¹⁰³ Dort ist die Rede von den „*first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration*“.

¹⁰⁴ Ausführlich zur Entwicklung des Projektes der ESC von diesem Zeitpunkt an: Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 87ff.

¹⁰⁵ Die Bundesrepublik Deutschland hat die ESC in der Version von 1961 am 27. Januar 1965 ratifiziert.

¹⁰⁶ Lamarche, *Perspectives occidentales* (Fn. 14), S. 112f. mit weiteren Nachweisen; siehe auch Theo Öhlinger, „Die Europäische Sozialcharta“, in: Manfred

istischer Weise formuliert, dass sich die Charta schon bald als veraltet und damit als reformierungsbedürftig herausstellte. Auch die Stimmen, die auf die Unteilbarkeit aller Menschenrechte pochten, wurden lauter, und nicht zuletzt sorgte die Erweiterung des Europarates um die ehemaligen Ostblockländer, welche den sozialen Grundrechten traditionell positiver gegenüberstehen, für neue Einflüsse.¹⁰⁷

Im Dezember 1990 wurde daher ein *ad hoc*-Komitee mit der Reformierung der ESC beauftragt, mit dem Ziel, die Effektivität der Charta zu verbessern und in diesem Sinne auch die Möglichkeiten für ein Kontrollverfahren zu erforschen.¹⁰⁸ Die hieraus resultierende Neufassung der ESC wurde in zwei Phasen verwirklicht: zunächst wurde am 22. Juni 1995 das Zusatzprotokoll zur ESC¹⁰⁹ angenommen, welches zusätzlich zum bereits bestehenden Staatenberichtsverfahren ein *Monitoring*-Verfahren in Form der Kollektivbeschwerde ins Leben rief. In einem zweiten Schritt wurde schließlich ein Jahr später die geänderte Fassung der Charta selbst angenommen, wodurch das Schutzniveau einiger Rechte angehoben und neue Rechte hinzugefügt wurden. Die überarbeitete Fassung der ESC trat schließlich nach der Ratifizierung durch drei Mitgliedstaaten am 1. Juli 1999 in Kraft. Damit ist die alte Version der ESC jedoch nicht ungültig geworden, sondern in der Präambel der Neufassung heißt es, dass diese „nach und nach den Platz“ der ursprünglichen ESC einnehmen soll. Bislang haben rund zwei Drittel aller Mitgliedstaaten die revidierte ESC ratifiziert.¹¹⁰

Nowak, Dorothea Steurer und Hannes Tretter (Hrsg.), *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte, Festschrift für Felix Ermacora* (Kehl: Engel, 1988) [im Folgenden: Nowak/ Steurer/ Tretter, *FS Ermacora*], S. 213-232, 221.

¹⁰⁷ Christophe Pettiti, „La charte sociale européenne révisée“ (1997) 8 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, S. 3-16, 3ff.

¹⁰⁸ Zu den Anfängen des Reformprozesses im Einzelnen: Klaus Fuchs, „The European Social Charter: Its Role in Present-Day Europe and Its Reform“, in: Krzysztof Drzewicki, Catarina Krause und Allan Rosas, *Social Rights as Human Rights, A European Challenge* (Åbo: Åbo Akademis, 1994) [im Folgenden: Drzewicki/ Krause/ Rosas, *Social Rights as Human Rights*], S. 151-167, 156ff.

¹⁰⁹ *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*, ETS No. 158.

¹¹⁰ Bis Februar 2010 hatten 45 (von 47) Staaten die revidierte ESC unterzeichnet, 29 davon auch ratifiziert. Die Bundesrepublik Deutschland hat die revidierte ESC am 29. Juni 2007 unterzeichnet, jedoch bislang nicht ratifiziert.

2. Die Regelungen im Einzelnen

Die ESC (im Sinne der überarbeiteten Fassung von 1996) gliedert sich in sechs Teile. Teil I enthält die Aufzählung von 31 Rechten und Prinzipien, bezüglich derer die Vertragsstaaten akzeptieren, sich politisch auf nationaler wie auf internationaler Ebene für die Herstellung der zu ihrer Realisierung nötigen sozialen Rahmenbedingungen einzusetzen. Der zweite Teil enthält den Rechtekatalog von insgesamt 31 Artikeln, welche in bis zu 12 Unterabsätzen die konkret mit jedem Recht verbundenen Verpflichtungen darlegen. In der Regel ist dies wie folgt formuliert:

„With a view to ensuring the effective exercise of the right to ..., the Parties undertake: ...“.

Eine Generalklausel in der Art von Art. 2 Abs. 1 des ICESCR enthält die ESC somit nicht, da alle Pflichten bereits detailliert aufgeführt sind. Wesentliche Unterschiede zum Sozialpakt lassen sich auch hinsichtlich der Auswahl der statuierten Rechte erkennen. Kulturelle Rechte (wie z.B. das Recht auf Bildung) sind lediglich vereinzelt enthalten, und ein allgemeines Recht auf einen angemessenen Lebensstandard verbunden mit den Rechten auf Kleidung und Nahrung fehlt gänzlich. Anders als der ICESCR schützt die ESC aber ausdrücklich die Rechte sozial benachteiligter Bevölkerungsgruppen: auf die Bedürfnisse von Kindern, Behinderten, Migranten und Senioren wird jeweils durch gesonderte Regelungen eingegangen.

Relativiert wird das Schutzniveau der ESC jedoch durch die Festlegungen in Artikel A des dritten Teils mit dem Titel *„Undertakings“*. Denn die große Besonderheit der ESC und damit sicher auch der deutlichste Unterschied zum ICESCR besteht in der Tatsache, dass die Vertragsstaaten sich an die geregelten Rechte nicht in ihrer Gesamtheit binden müssen, sondern sich innerhalb gewisser Vorgaben aussuchen können, welche Rechte sie anerkennen möchten. Mindestvoraussetzung ist dabei die Anerkennung von sechs der neun *„core rights“*¹¹¹ und von insgesamt 16 Artikeln oder 63 Unterabsätzen des zweiten Teils. Es besteht damit

Quelle: Council of Europe Treaty Office, im Internet unter <http://conventions.coe.int/>.

¹¹¹ Art. A Abs. 1 (b) gibt diese neun Rechte wie folgt vor: Art. 1 (Recht auf Arbeit), Art. 5 und 6 (Gewerkschaftsfreiheit und Streikrecht), Art. 7 (Rechte von Kindern), Art. 12 (Soziale Sicherheit), Art. 13 (Soziale und Medizinische Unterstützung), Art. 16 (Schutz der Familie), Art. 19 (Rechte von Migranten) und Art. 20 (Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben).

unter den Vertragsstaaten kein einheitlicher Kanon an wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten, sondern die aus der Charta resultierenden Verpflichtungen variieren von Staat zu Staat.

Die inhaltlichen Verbesserungen allein hätten die Popularität der ESC jedoch vermutlich nur mäßig gesteigert. Ausschlaggebend für die erhöhte Aufmerksamkeit, die diesem Dokument in jüngster Vergangenheit zukommt, ist daher eher das neu eingeführte Kollektivbeschwerdungsverfahren, auf welches an späterer Stelle in diesem Kapitel noch genauer eingegangen werden wird.

III. Soziale Rechte in der Europäischen Grundrechtecharta¹¹²

Im Dezember 2000 hat die Europäische Union im französischen Nizza einen ausformulierten, umfangreichen und modernen Grundrechtskatalog erhalten, der die Ausübung von Hoheitsgewalt auf europäischer Ebene grundrechtlich einbinden¹¹³ und die Grundrechte der Unionsbürger sichtbar machen soll. Als modern gilt die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* vor allem deshalb, weil sie die klassischen Freiheits- und Gleichheitsrechte erstmals auf europäischer Ebene unter dem Gesichtspunkt der Unteilbarkeit der Menschenrechte mit der Garantie wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte verbindet. Neun Jahre nach ihrer Verkündung, am 1. Dezember 2009, ist die Europäische Grundrechtecharta schließlich rechtsverbindlich geworden.

1. Der Diskussionsprozess im Konvent

Die Europäische Grundrechtecharta stellt ohne Zweifel den vorläufigen Höhepunkt in der Entwicklung des europäischen Grundrechtsschutzes

¹¹² *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2000/C 364/01, veröffentlicht in: (2000) 27 Europäische Grundrechte Zeitschrift 554 [im Folgenden: Europäische Grundrechtecharta bzw. in den Fußnoten abgekürzt als: EGRC].

¹¹³ Vgl. Art. 51 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtecharta: „(1) Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten.“

dar. Wenngleich die Union aufgrund des Richterrechts des Europäischen Gerichtshofes auch bisher nicht im grundrechtsfreien Raum agierte, existierten dennoch von jeher Forderungen nach einer Kodifizierung der auf Unionsebene gewährleisteten Grundrechte.¹¹⁴ Um deutlich zu machen, dass sich die Gemeinschaft mittlerweile nicht mehr nur auf wirtschaftliche Integration und politische Zusammenarbeit beschränkt, sondern zu einer Rechts- und Wertegemeinschaft zusammengewachsen ist, wurde unter deutscher Ratspräsidentschaft die maßgebliche Initiative zur Ausarbeitung der Charta ergriffen. Ein entsprechendes Mandat wurde mit dem Beschluss des Europäischen Rates auf seiner Tagung in Köln im Juni 1999 einem Gremium, bestehend aus Beauftragten der Staats- und Regierungschefs, dem Präsidenten der Europäischen Kommission sowie Mitgliedern des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente, übertragen.¹¹⁵ Dieses Gremium gab sich sodann selbst den Namen „Konvent“.

Inhaltlich sollte die Charta zunächst die Freiheits-, Gleichheits- und Verfahrensrechte umfassen, wie sie sich aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sowie die besonderen Rechte der Unionsbürger. Aber auch die Aufnahme wirtschaftlicher und sozialer Rechte war von Anfang an fest vorgesehen. So hieß es bereits im Beschluss von Köln:

„Bei der Ausarbeitung der Charta sind ferner wirtschaftliche und soziale Rechte zu berücksichtigen, wie sie in der Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer enthalten sind (Art. 136 EUV), sofern sie nicht nur Ziele für das Handeln der Union begründen.“¹¹⁶

¹¹⁴ Zur Vorgeschichte der Europäischen Grundrechtecharta siehe Norbert Bernsdorff, „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Notwendigkeit, Prozess und Auswirkungen“ (2001) 8 Niedersächsische Verwaltungsblätter, S. 177-184; Peter Altmaier, „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ (2001) 16 Zeitschrift für Gesetzgebung, S. 195-209; Ingolf Pernice, „Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union“ (2000) 115 Deutsches Verwaltungsblatt, S. 497-510.

¹¹⁵ Europäischer Rat in Köln am 03. und 04. Juni 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anhang IV, veröffentlicht in: (1999) 26 Europäische Grundrechte Zeitschrift, S. 364-365.

¹¹⁶ *Ibid.*, S. 364. Für Schmitz scheint die Formulierung „berücksichtigen“ hingegen wesentlich geringere oder überhaupt keine Bedeutung zu besitzen: die Aufnahme sozialer Rechte stelle eine „großzügige Auslegung“ des Mandates von Köln dar. Vgl. Thomas Schmitz, „Die EU-Grundrechtecharta aus grund-

Dennoch stellte sich in den Sitzungen des Konvents schnell heraus, dass gerade der Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte zu den großen Streitfragen bei der Erarbeitung der Grundrechtecharta gehörte.¹¹⁷ Während sich deutsche, österreichische und britische Delegierte für eine Beschränkung des Inhalts auf einklagbare Freiheits- und Abwehrrechte aussprachen,¹¹⁸ bestanden die französischen, spanischen, portugiesischen, italienischen und griechischen Delegierten auf der ausdrücklichen Anerkennung sozialer Grundrechte,¹¹⁹ ohne dass Kompromisslinien zwischen den gegensätzlichen Positionen sichtbar gewesen wären.

Eine klare Vorgabe erhielt der Konvent schließlich durch den UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Mit Schreiben vom 27. April 2000 ließ dieser verlauten, dass ein Verzicht auf die Verankerung sozialer Grundrechte in der Charta als Verletzung der geltenden Staatenverpflichtungen nach dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gewertet würde.¹²⁰ Hierdurch wurde die Aufnahme sozialer Rechte gewissermaßen obligatorisch.

rechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht“ (2001) 56 *Juristenzeitung*, S. 833-843, 840.

¹¹⁷ Eibe Riedel, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (Baden-Baden: Nomos, 2. Aufl. 2006) [im Folgenden: *Autor*, in: Meyer, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*], S. 322.

¹¹⁸ Siehe den nach wie vor kritischen Beitrag von Lord Goldsmith, „A Charter of Rights, Freedoms and Principles“ (2001) 38 *Common Market Law Review*, S. 1201-1216, 1212f.

¹¹⁹ Altmaier (Fn. 114), S. 197.

¹²⁰ GRC Dokument Contrib. 182: „*The Committee [...] would nevertheless like to point out that if economic and social rights were not to be integrated in the Draft Charter on an equal footing with civil and political rights, such negative regional signals would be highly detrimental to the full realization of all human rights at both the international and domestic level, and would have to be regarded as a retrogressive step contravening the existing obligations of Member States of the European Union under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.*“ Ähnliche Eingaben gab es auch von einer Vielzahl von Nichtregierungsorganisationen sowie von einem Mitglied des Sozialausschusses des Europarates, vgl. Jürgen Meyer und Markus Engels, „Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?“ (2000) 33 *Zeitschrift für Rechtspolitik*, S. 368-371, 370. Befürwortende Beiträge im Vorfeld finden sich zudem im Schrifttum: Gerald Häfner, Christoph Strawe und Robert Zuegg, „In der Auseinandersetzung um eine Charta der Grund-

2. Fixierung sozialer Rechte in der Grundrechtecharta

Als Ausweg aus der schwierigen Lage wurde ein Mittelweg gewählt. Der als „3-Säulen-Modell“ bezeichnete Kompromissvorschlag des deutschen Delegierten Prof. Dr. Jürgen Meyer wurde von der Mehrheit im Konvent gebilligt und ging dahin, den sozialen Grundrechten anhand eines gestuften Konzeptes Eingang in die Grundrechtecharta zu verschaffen.¹²¹ Als erste Säule wurde hiernach der Grundsatz der Solidarität in die Präambel der Charta aufgenommen, und zwar gleichberechtigt neben den dort ebenfalls verankerten Prinzipien der Menschenwürde, der Freiheit und der Gleichheit, zusammen mit den die Union konstituierenden Elementen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit.

Als zweite Säule wurden diejenigen wirtschaftlichen und sozialen Rechte in die Charta aufgenommen, welche mittlerweile als anerkannt gelten, da sie in einer Vielzahl von nationalen Verfassungen und internationalen Konventionen enthalten sind.¹²² Die größtenteils im vierten Kapitel unter der Überschrift „Solidarität“ geregelten Rechte sind daher, wie aus den „Erläuterungen zum vollständigen Wortlaut der Charta“¹²³ hervorgeht, vor allem den Inhalten der Europäischen Sozialcharta und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer¹²⁴ nachgebildet. Im Einzelnen enthält Kapitel IV eine Reihe von Arbeitnehmergrundrechten (Art. 27-32), das Recht auf Schutz der Familie

rechte der Europäischen Union“ (2000) 33 Zeitschrift für Rechtspolitik, S. 365-368, 367; Pernice (Fn. 114), S. 853.

¹²¹ Dazu eingehend Riedel, in: Meyer, *Charte der Grundrechte der Europäischen Union* (Fn. 117), S. 326; Meyer/ Engels (Fn. 120), S. 370f.; Bernsdorff (Fn. 114), S. 179f.

¹²² Für einen umfassenden Vergleich der unter den nationalen Verfassungen geschützten und der in die Charta aufgenommenen sozialen Rechte siehe Julia Iliopoulos-Strangas, „La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États Membres“, in: Jean-François Flauss (Hrsg.), *Droits sociaux et droit européen* (Brüssel: Bruylant, 2002) [im Folgenden: Flauss, *Droits sociaux et droit européen*], S. 11-87.

¹²³ Rat der Europäischen Union, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Erläuterungen zum vollständigen Wortlaut der Charta* (Luxemburg: Amtliche Veröffentlichung, 2001).

¹²⁴ Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09. Dezember 1989, KOM (89) 248.

(Art. 33),¹²⁵ das Recht auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung (Art. 34), das Recht auf Gesundheitsschutz (Art. 35) sowie allgemein formulierte Rechte auf Zugang zu Dienstleistungen (Art. 36), Umweltschutz (Art. 37) und Verbraucherschutz (Art. 38). Zu beachten ist jedoch, dass auch in den mit „Freiheit“ und „Gleichheit“ betitelten Kapiteln II und III einige als geradezu klassisch zu bezeichnende Rechte wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Natur enthalten sind. So wird durch Art. 14 das Recht auf Bildung postuliert; Art. 15 gewährt die Berufsfreiheit und das „Recht zu arbeiten“. Im Kapitel der Gleichheitsrechte sind ferner die Rechte älterer Menschen (Art. 25) und die Integration von Menschen mit Behinderung (Art. 26) verbrieft.

Insgesamt sind die meisten der vorgenannten Artikel sehr zurückhaltend formuliert und machen zahlreiche Einschränkungen. So enthalten viele Rechte die Qualifizierung, dass es sich lediglich um ein Recht auf „Zugang“ zu bestehenden Einrichtungen handle, und zwar häufig auch nur „nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“.¹²⁶ Darüber hinaus schließt sich das Konzept jedoch der Vorstellung von der „Dreiteilung der Verpflichtungsebenen“ im Sinne der *Eide*'schen Formel an: die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten bestehen hiernach aus Respektierungs-, Schutz- und Förderungspflichten, welche im Wesentlichen Unterlassungspflichten, Pflichten zur Etablierung sozialer Mindeststandards sowie Organisations- und Gestaltungspflichten zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit beinhalten.¹²⁷ Zudem steht außer Zweifel, dass es sich bei den in der Charta vorgesehenen wirtschaftlichen und sozialen Rechten wie bei allen anderen Rechten um subjektive Rechte des Bürgers handelt, welche jedenfalls in formeller Hinsicht auch nicht geringer

¹²⁵ Man beachte, dass in Art. 7 bereits ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens enthalten ist.

¹²⁶ Vgl. beispielsweise Art. 34 Abs. 1 (Soziale Sicherheit): „Die Union anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“

¹²⁷ Allerdings sind die verschiedenen Schutzdimensionen zum Teil getrennt geregelt, so bei dem Recht auf „Achtung“ des Familienlebens aus Art. 7 (was auf eine negative Dimension hindeutet) und dem Recht auf „Schutz“ der Familie aus Art. 33 (das im Sinne einer positiven Dimension formuliert ist).

gestellt sind, sondern gleichberechtigt neben allen übrigen Rechten festgeschrieben wurden.¹²⁸

Die dritte Säule des Meyer'schen Vorschlages sah schließlich vor, dass keines der in der Charta enthaltenen Rechte nationale oder internationale Standards absenken dürfte und dass bei der Auslegung der Grundnormen diese Standards berücksichtigt werden müssten. Eine solche horizontale Bestimmung als „dynamisches Element“ der gesamten Grundrechtsgewährleistung findet sich in Art. 53 unter dem Titel „Schutzniveau“.¹²⁹

Die Einschätzungen der Europäischen Grundrechtecharta im Schrifttum, gerade was die wirtschaftlichen und sozialen Rechte angeht, gehen auseinander.¹³⁰ Zum Teil wird argumentiert bzw. kritisiert, dass die meisten der sozialen Grundrechtsbestimmungen nur einen geringen normativen Gehalt besäßen, weil sie den Umfang der Rechte des Bürgers nicht selbst festlegten, sondern diesbezüglich auf andere Rechtsvorschriften verwiesen.¹³¹ Andererseits jedoch enthielt sich der Konvent

¹²⁸ Schmitz (Fn. 116), S. 841.

¹²⁹ Artikel 53 lautet: „Keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch die internationalen Übereinkommen, bei denen die Union, die Gemeinschaft oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, darunter insbesondere die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.“

¹³⁰ Eine rundum positive Einschätzung nimmt Iliopoulos-Strangas (Fn. 122), S. 84ff. vor: „[...] *l'adoption des libertés, droits et garanties à caractère social dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui va de pair avec la proclamation dans son préambule du principe d'indivisibilité des droits fondamentaux constitue un grand progrès en ce qui concerne la protection des droits sociaux au niveau communautaire.*“

¹³¹ Schmitz (Fn. 116), S. 841: „Hier bilden die Charta-Rechte nur eine normative Hülle, während sich die Substanz der Rechte aus anderer Quelle ergibt – und damit im übrigen variieren kann. Die normative Hülle wirkt nur dahin, die betreffenden Positionen überhaupt als Grundrechte der Union anzuerkennen.“; Kritik daran übt vor allem in Bezug auf die Arbeitnehmergrundrechte Jeff Kenner, „Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility“, in: Tamara K. Hervey und Jeff Kenner (Hrsg.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective* (Oxford, Portland: Hart, 2003) [im Folgenden: Hervey/ Kenner, *Economic and Social Rights under the EU Charter*], S. 1-25, 17.

bei der Regelung wirtschaftlicher und sozialer Rechte absichtlich detailreicher Anordnungen und feiner grundrechtsdogmatischer Differenzierungen, um die „Zukunftsoffenheit“ der Grundrechte zu gewährleisten. Solange die Europäische Grundrechtecharta noch keinen verbindlichen Charakter besaß, waren diese Überlegungen von geringer Relevanz.¹³² Da die Charta jedoch nunmehr Rechtskraft erlangt hat,¹³³ wird die Frage nach dem normativen Gehalt der wirtschaftlichen und sozialen Rechte früher oder später Bedeutung erlangen.¹³⁴

Ein weiterer Kritikpunkt geht dahin, dass die Europäische Union wegen fehlender Kompetenzen gar nicht in der Lage sei, die wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte zu gewährleisten.¹³⁵ Dass dies jedoch auch für viele andere Rechte in der Charta gilt (so z.B. für das Verbot der Todesstrafe in Art. 2 Abs. 2¹³⁶), wird entweder gänzlich übersehen oder mit der „allgemeinen Geltung der grundlegenden Menschenrechte“ und der Nähe zum Recht auf Menschenwürde gerechtfertigt.¹³⁷ An dieser Argumentation zeigt sich, dass sich das Konzept der Unteilbarkeit der Menschenrechte, wie es die Europäische Grundrechtecharta im

¹³² Ulrich Zichert, „Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtscharta“ (2001) 18 Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, S. 1041-1046, 1044.

¹³³ Siehe unten B.III.3 in diesem Kapitel.

¹³⁴ Zu den dabei möglicherweise auftretenden rechtsdogmatischen Fragen siehe Olivier de Schutter, „La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne“, in: Jean-Yves Carlier und Olivier de Schutter (Hrsg.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (Brüssel: Bruylant, 2002), S. 117-147; siehe dagegen Nicholas Bernard, „A 'New Governance' Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU“, in: Hervey/ Kenner, *Economic and Social Rights under the EU Charter* (Fn. 131), S. 247-268, 268, der davon ausgeht, dass die gerichtliche Geltendmachung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte nur selten eine Rolle spielen wird.

¹³⁵ Siegbert Alber und Ulrich Widmaier, „Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung“ (2000) 27 Europäische Grundrechte Zeitschrift, S. 497-510, 499f.; Pernice (Fn. 114), S. 853f.; Altmaier (Fn. 114), S. 200.

¹³⁶ Günter Hirsch, „Die Aufnahme der Grundrechtecharta in den Verfassungsvertrag“, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents* (Baden-Baden: Nomos, 2004), S. 111-125, 117.

¹³⁷ Alber/ Widmaier (Fn. 135), S. 500.

Sinne der „Wertegemeinschaft Europa“ aufzugreifen gedachte, letztendlich nicht in allen Köpfen hat durchsetzen können.

3. *Rechtsverbindlichkeit der Charta*

Der ursprüngliche Weg, welcher beschritten werden sollte, um der Europäischen Grundrechtecharta Rechtsverbindlichkeit zu verleihen, bestand darin, die Charta in den „Vertrag über eine europäische Verfassung“¹³⁸ aufzunehmen. Sie wurde gegen den vor allem von britischer Seite geäußerten Widerstand inhaltlich fast unverändert als Teil 2 in den Verfassungsvertrag inkorporiert.¹³⁹ Im Mai/ Juni 2005 wurden die europäischen Verfassungspläne jedoch zunächst einmal durch die gescheiterten Verfassungsreferenden in Frankreich und den Niederlanden gestoppt. Lange Zeit war unklar, wie es mit dem Projekt des Verfassungsvertrages weitergehen sollte.¹⁴⁰ Infolge dessen schien auch die Zukunft der Charta zu diesem Zeitpunkt ungewiss. Dennoch mangelte es auf europäischer Ebene nicht an Versuchen, der Charta trotz ihrer fehlenden Rechtsverbindlichkeit gewisse Rechtswirkungen abzugewinnen, und zwar sowohl in der Literatur,¹⁴¹ als auch in der Rechtsprechung. So

¹³⁸ Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004, Amtsblatt der Europäischen Union 2004/ C 310/01 [im Folgenden: Verfassungsvertrag].

¹³⁹ Juliane Kokott und Alexandra Rüdth, „The European Convention and its draft treaty establishing a Constitution for Europe: appropriate answers to the Laeken questions?“ (2003) 40 Common Market Law Review, S. 1315-1345, 1328. Man beachte aber, dass die Nummerierung der Artikel im Verfassungsvertrag von derjenigen im Originaltext der Europäischen Grundrechtecharta abweicht!

¹⁴⁰ So wurden Zweifel geäußert, ob der Verfassungsvertrag noch eine Chance darauf besaß, jemals realisiert zu werden, siehe beispielsweise Jürgen Schwarze, „The Treaty establishing a Constitution for Europe – Some General Reflections on its Character and its Chances of Realisation“ (2006) 12 European Public Law, S. 199-211; verschiedene Vorschläge zum weiteren Vorgehen wurden unterbreitet, vgl. beispielsweise Joachim Wuermeling, „Die Tragische: Zum weiteren Schicksal der EU-Verfassung“ (2005) 38 Zeitschrift für Rechtspolitik, S. 149-153.

¹⁴¹ Beate Rudolf, „European Union“ (2003) 1 International Journal of Constitutional Law, S. 135-141, 138; Koen Lenaerts und Marlies Desomer, „Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union: values, objectives and means“ (2002) 27 European Law Review, S. 377-407, 381f., die den Inhalt der

nahmen jedenfalls das Gericht erster Instanz und die Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof regelmäßig auf die Europäische Grundrechtecharta Bezug, wenn und soweit Grundrechtsfragen entschieden wurden.¹⁴² In der Regel diente die Charta insoweit als „Rechtserkenntnisquelle“, welche „Aufschluss über die gemeinschaftsrechtlich garantierten Grundrechte“ gab,¹⁴³ das heißt, dass ihr Inhalt nicht unmittelbar angewendet wurde, sondern lediglich unterstützend als zusätzlicher Beleg für die Existenz eines Rechts im Gemeinschaftsrecht herangezogen wurde.

Im Juni 2007 wurde der Regierungskonferenz schließlich das Mandat erteilt, einen Reformvertrag auszuarbeiten, der zwar die wesentlichen Inhalte des Verfassungsvertrages übernehmen sollte, das Konzept einer Verfassung jedoch zugunsten einer Reformierung der bestehenden Verträge ersetzte.¹⁴⁴ Die Europäische Grundrechtecharta sollte nicht mehr ausdrücklich Teil dieses Reformvertrages sein, sondern ein selbständiger Vertrag, welcher gleichrangig neben den Gründungsverträgen stehen sollte. Sie wurde somit gleichsam wieder „ausgegliedert“ und am 12.

Charta sogar als gerichtlich durchsetzbaren Bestandteil des *acquis judiciaire* betrachteten.

¹⁴² Siehe beispielsweise Jégo-Quéré et Cie SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rechtssache T-177/01 vom 3. Mai 2002, Sammlung 2002 II-2365, paras. 42, 47 (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf); die Entscheidung wurde vom EuGH aber später wegen fehlender Klagebefugnis kassiert. Max.mobil Telekommunikation Service GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rechtssache T-54/99 vom 30. Januar 2002, Sammlung 2002 II-313, paras. 48, 57 (Recht auf eine geordnete Verwaltung).

¹⁴³ Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott in Rechtssache C-105/04 P vom 08. Dezember 2005, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandelop Elektrotechnisch Gebied gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, para. 107, Fn. 58 m.w.N.; siehe auch Schlussanträge des Generalanwaltes Philippe Léger in Rechtssache C-353/99 P vom 10. Juli 2001, Rat der Europäischen Union gegen Heidi Hautala, para. 74: „[U]ngeachtet jeder Überlegung zu ihrer Rechtsnatur verbietet es die Art der in der Grundrechtecharta niedergelegten Rechte, sie als eine folgenlose bloße Aufzählung rein moralischer Grundsätze zu betrachten.“; beide Dokumente sind im Internetportal des Europäischen Gerichtshofes (www.curia.eu.int) abrufbar.

¹⁴⁴ Rat der Europäischen Union, Ratsdokument 11177/07 vom 23. Juni 2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes der Tagung des Europäischen Rates (21./22. Juni 2007), Anlage I, S. 15ff.

Dezember 2007 erneut verkündet,¹⁴⁵ d.h. feierlich unterzeichnet und im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht.¹⁴⁶ Einen Tag später wurde in Lissabon der Reformvertrag („Vertrag von Lissabon“¹⁴⁷) unterzeichnet, welcher nunmehr Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union dahingehend änderte, dass ausdrücklich auf die Europäische Grundrechtecharta verwiesen wird.¹⁴⁸ In Absatz 1 der Vorschrift ist nunmehr zu lesen:

„Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.“

Die Grundrechtecharta erlangte schließlich mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 die langersehnte Rechtsverbindlichkeit. Das heißt, die darin enthaltenen Rechte einschließlich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte sind für die europäischen und innerstaatlichen Behörden und Gerichte unmittelbar anwendbar, wenn und soweit diese europäisches Gemeinschaftsrecht anwenden.¹⁴⁹

Seitdem die Europäische Grundrechtecharta Rechtsverbindlichkeit erlangt hat, hat sie in der Rechtsprechung des ECJ noch keine monumentale Rolle gespielt. So verweist der ECJ bei Gelegenheit auf eines oder

¹⁴⁵ Die Neuverkündung wurde notwendig, nachdem die Charta auf britisches Drängen hin leicht geändert wurde, siehe Franz C. Mayer, „Schutz vor der Grundrechte-Charta oder durch die Grundrechte-Charta? – Anmerkungen zum Europäischen Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon“, in: Ingolf Pernice (Hrsg.): *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI* (Baden-Baden: Nomos, 2008), S. 87-98, 89.

¹⁴⁶ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2007/C 303/01.

¹⁴⁷ *Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2007/C 306/01.

¹⁴⁸ Pernice argumentiert, dass dieser Verweis auf die Grundrechtecharta dem Vertrag von Lissabon die Aura eines Verfassungsvertrages verleiht, obwohl das Konzept einer europäischen Verfassung zurvor ausdrücklich verworfen wurde; siehe Ingolf Pernice, „The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights“, in: Stefan Griller und Jaques Ziller (Hrsg.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (Wien, New York: Springer, 2008), S. 235-256, 252.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 51 Abs. 1 EGRC.

mehrere in der Charta enthaltene Rechte,¹⁵⁰ hat sich jedoch noch nicht grundlegend zu Struktur und Dogmatik der in der Charta enthaltenen Rechte geäußert. Verschiedene Verfahren, welche sich noch im Anfangsstadium befinden, könnten dies jedoch in Zukunft ändern, insbesondere was die in der Charta enthaltenen wirtschaftlichen und sozialen Rechte anbelangt. So wurden beispielsweise mit Datum vom 28. Mai 2010 zwei Vorabentscheidungsersuchen – eines von einem belgischen und eines von einem französischen Gericht – eingereicht, welche die Frage behandeln, ob die Herstellung, Einfuhr, Verkaufsförderung und der Verkauf mit dem Recht auf Gesundheit nach Art. 35 der europäischen Grundrechtecharta in Einklang stehen.¹⁵¹ Diese Art von Vorlagen wird früher oder später den Gerichtshof veranlassen, Inhalt und Reichweite der im Titel IV der Grundrechtecharta unter dem Titel „Solidarität“ vereinten sozialen Grundrechte näher zu beleuchten.

C. Im Zentrum der Diskussion: Die Frage der Justiziabilität

Das Thema der Justiziabilität wird in fast allen Beiträgen zu wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechten in irgendeiner Weise aufgegriffen. Aber obwohl sich hinter diesem Begriff ein Fülle von unterschiedlichen Aspekten verbirgt, entbehren die meisten Stellungnahmen der gebotenen Differenzierung.¹⁵² Um dies innerhalb dieser Arbeit zu vermeiden, werden im Folgenden zunächst die nötigen Grundlagen und Begriffe geklärt, um so nach und nach zum Kern der Auseinandersetzung – der Frage nach der Justiziabilität wirtschaftlicher und sozialer Rechte auf innerstaatlicher Ebene – zu gelangen.

¹⁵⁰ Siehe beispielsweise jüngst den Verweis auf den Anspruch auf Elternurlaub nach Art. 33 Abs. 2 der EGRC im Urteil des Gerichtshofes vom 16. September 2010 in der Sache *Chatzi* (C149/10), para. 37, erhältlich auf der Homepage des Europäischen Gerichtshofes (curia.europa.eu).

¹⁵¹ Rechtssache C-268/10 vom 28. Mai 2010, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2010/C 221/37 und Rechtssache C-269/10 vom 28. Mai 2010, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2010/C 221/38.

¹⁵² In diesem Sinne bemerkt Scott (Fn. 33), S. 833: “*The word justiciable is often either the conclusion of an argument or series of arguments, or a self-evident conclusion with no real preceding argument.*”

I. Rechtscharakter der wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte

Nach allem, was bis hierhin über wirtschaftliche und soziale Rechte bereits zusammengetragen wurde, mag die Frage, ob es sich streng genommen überhaupt um „Rechte“ handelt, überraschen. Dass diese dennoch gestellt werden muss, liegt an der Tatsache, dass nicht alle Rechte, die universell als Menschenrechte anerkannt sind, tatsächlich beanspruchbare Rechtspositionen darstellen. Während wirtschaftliche und soziale Rechte also mittlerweile unbestrittenermaßen einen integralen Bestandteil des internationalen Menschenrechtskanons bilden,¹⁵³ wird bisweilen diskutiert, ob sie als solche überhaupt Rechtscharakter besitzen.

So geht Vierdag davon aus, dass sich aus wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechten lediglich staatliche Verpflichtungen, jedoch keine Rechte ergeben, und begründet dies mit der ihm zufolge mangelnden Justiziabilität und rechtlichen Bindungswirkung der entsprechenden völkerrechtlichen Regelungen.¹⁵⁴ Hiernach stellt also die Justiziabilität eine *conditio sine qua non* dafür dar, dass überhaupt von einem „Recht“ im juristischen – und nicht lediglich moralischen oder politischen – Sinne gesprochen werden kann.¹⁵⁵

Diese Ansicht erweist sich jedoch in mancher Hinsicht als problematisch. Zunächst kann keine Rede davon sein, dass die einschlägigen völkerrechtlichen Instrumente, vor allem der ICESCR, keine juristische Bindungswirkung besäßen. Die Frage, auf welche Weise die darin niedergelegten Rechte verwirklicht werden können, ist jedoch wesentlich komplexer als dies die Theorie von Vierdag suggeriert. Wenn sich die

¹⁵³ Siehe hierzu Klee, *Progressive Verwirklichung* (Fn. 71), S. 78ff.

¹⁵⁴ Vierdag (Fn. 32), S. 93: „*All aspects of economic, social and cultural rights: elements, forms, goals, methods of implementation, and so on, are economic, social and cultural and not – as yet – legal.*“ und S. 105: „*[T]he rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights are of such a nature as to be legally negligible.*“ Gleicher Ansicht ist der englische Autor Maurice Cranston, dessen Argumente sind bei Roman Wieruszewski, „Some Comments concerning the Concept of Economic and Social Rights“, in: Drzewicki/ Krause/ Rosas, *Social Rights as Human Rights* (Fn. 108), S. 67-71, 68 dargestellt.

¹⁵⁵ Henry J. Steiner und Philip Alston, *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals* (Oxford: Clarendon Press, 1996) [im Folgenden: Steiner/ Alston, *Int'l Human Rights in Context*], S. 298.

vorhandenen Durchsetzungsmechanismen auf internationaler Ebene als unzureichend erweisen, so zeigt dies lediglich, dass effektivere Mittel zur Verwirklichung gefunden werden müssen.¹⁵⁶ Dementsprechend kann es nicht überzeugen, dass das Fehlen eines Individualbeschwerdeverfahrens für den ICESCR den Rechtscharakter der Paktverbürgungen ausschließen soll. „*Legally negligible*“, wie Vierdag behauptet, sind die betroffenen Rechte nämlich keineswegs. Schon der einem jeden Menschenrecht innewohnende individualschützende Charakter verbietet eine solche Sichtweise, ebenso wie die Tatsache, dass aus diesen Rechten bindende Staatenverpflichtungen zu ihrer Verwirklichung erwachsen.

Auch auf nationaler Ebene gilt, dass nicht jedes Recht unbedingt als subjektives Recht ausgestaltet sein muss, um von juristischer Bedeutung zu sein. Denn wo die Ausgestaltung in Form von (Grund-) Rechten auf Ablehnung stößt, wird alternativ meist die Verwirklichung in Gestalt von „Programmsätzen“, „Einrichtungsgarantien“, „Leitprinzipien“, „Staatszielbestimmungen“ oder auch „Gesetzgebungsaufträgen“ zur Diskussion gestellt.¹⁵⁷ Derartige objektive Verfassungsprinzipien erzeugen einerseits eine umfassende staatliche Rechtsbindung, nicht jedoch auch in gleichem Maße eine gerichtliche Kontrollkompetenz.¹⁵⁸ Sie sind jedoch, soviel sei an dieser Stelle bereits angemerkt, nicht jeder gerichtlichen Überprüfung entzogen und können im Einzelfall auch justiziable Rechte für Individuen begründen.

Die Argumentation von Vierdag dient als typisches Beispiel dafür, wie so oft die *raison d'être* wirtschaftlicher und sozialer Rechte durch rechtsdogmatische Erwägungen wegdiskutiert wird. Diese Art der Analyse beschreibt Scott treffend wie folgt:

¹⁵⁶ Van Hoof (Fn. 34), S. 102.

¹⁵⁷ Jörg Lücke, „Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge“ (1982) 107 Archiv des öffentlichen Rechts, S. 15-60, 17ff.

¹⁵⁸ Dies entspricht der Differenzierung zwischen der Rolle einer Norm als „Funktionsnorm“ und ihrer Rolle als „Kontrollnorm“. Siehe dazu Ralph Alexander Lorz, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht* (Habil.) (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001) [im Folgenden: Lorz, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*], S. 576ff.

*“Legal doctrine can all too easily come to develop a legal logic all its own, to the point that the tail (of doctrinal analysis) begins to wag the dog (of human rights).”*¹⁵⁹

Vom Standpunkt dieser Untersuchung aus betrachtet erscheint es daher vorzugswürdig, dem Begriff des Menschenrechts ein ganzheitliches Verständnis zugrunde zu legen, welches „Rechte“ sowohl auf moralisch-philosophischer als auch auf juristischer Grundlage einschließt. Die Frage, anhand welcher Mechanismen und in welcher (normativen) Form sich diese Rechte verwirklichen, anwenden und durchsetzen lassen, stellt sich in einem zweiten Schritt und beruht auf rechtstheoretischen und dogmatischen Erwägungen.¹⁶⁰ Auf den Punkt gebracht bedeutet diese Unterscheidung, dass

*“[t]he problem relating to the legal nature of social and economic rights does not relate to their validity but rather to their ‘applicability’.”*¹⁶¹

II. Stand der Diskussion

1. Justiziabilität – eine Begriffsklärung

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass eine Rechtsnorm dann als justiziabel gilt, wenn ihre Verletzung gerichtlich oder quasi-gerichtlich feststellbar ist.¹⁶² Für den Fall, dass es sich dabei um ein subjektives Recht handelt, wird auch von „Einklagbarkeit“ gesprochen, im Übrigen eher von der Durchsetzung bzw. Durchsetzbarkeit („*enforceability*“) der

¹⁵⁹ Scott (Fn. 36), S. 637. Siehe auch Eide (Fn. 81), S. 36: *“The mistake made is to confound the question whether a right has become a justiciable right, with the question whether the right exists under international law.”*

¹⁶⁰ Siehe auch Martin Scheinin, „Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties“, in: Drzewicki/ Krause/ Rosas, *Social Rights as Human Rights* (Fn. 108), S. 73-87, 77: *“[A] human right is not a fundamental normative category but a complex structure of various normative elements relating to several subjects.”*

¹⁶¹ Martin Scheinin, „Economic and Social Rights as Legal Rights“, in: Eide/ Krause/ Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights* (2. Aufl.) (Fn. 11), S. 29-54, 29.

¹⁶² Hunt, *Reclaiming Social Rights* (Fn. 21), S. 24.

Norm.¹⁶³ Allerdings lässt die Feststellung, dass die Charakterisierung eines „Rechts“ nur innerhalb des jeweils geltenden spezifischen Zusammenhangs erfolgen kann, darauf schließen, dass auch der Begriff der Justiziabilität eines Rechts vom jeweiligen Kontext abhängt. Diese Annahme bestätigt sich bei der Auswertung der zahlreichen Beiträge zum Thema.

So bewegt sich die Problematik im Wesentlichen auf einer „formellen“ und einer „materiellen“ Ebene. Die formelle Justiziabilität erfordert zunächst einmal das Vorhandensein einer gerichtlichen oder zumindest quasi-gerichtlichen Instanz. Wenn das Konzept der Justiziabilität auf die Herstellung von Gerechtigkeit abzielt, dann bildet der Überprüfungsmechanismus hierfür die grundlegende Voraussetzung und erfordert, dass eine am Rechtsstreit unbeteiligte Person oder Institution mit dessen Bewertung betraut ist.¹⁶⁴ Als problematisch stellt sich dies hauptsächlich auf völkerrechtlicher Ebene dar, wo für den Vollzug von Normen eine Vielzahl möglicher Mechanismen existiert, deren Mehrheit wohl nicht-judizieller Natur ist.¹⁶⁵

Das Konzept der materiellen Justiziabilität hingegen setzt einen formellen Durchsetzungsmechanismus bereits voraus und hinterfragt daran anknüpfend, ob die betroffenen Normen gemäß ihrer Natur für eine gerichtliche Überprüfung geeignet sind.¹⁶⁶ Dies ist nur dann der Fall, wenn genügend Kriterien juristischer Argumentation zur Verfügung stehen, um das mit der jeweiligen Norm verbundene Rechtsproblem in vertretbarer Weise lösen zu können,¹⁶⁷ wobei sich diese Kriterien sowohl auf den materiellen Inhalt der Norm als auch auf ihre formelle Gestalt und Funktion beziehen können. Diskutieren lässt sich die Fra-

¹⁶³ Michael K. Addo, „Justiciability Re-examined“, in: Ralph Beddard und Dilys M. Hill (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights, Progress and Achievement* (New York: St Martin's Press, 1992), S. 93-117, 95.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Siehe dazu Allan Rosas und Martin Scheinin, „Implementation Mechanisms and Remedies“, in: Eide/ Krause/ Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights* (2. Aufl.) (Fn. 11), S. 425-453.

¹⁶⁶ Craig Scott und Patrick Macklem, „Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a new South African Constitution“ (1992) 141 *University of Pennsylvania Law Review*, S. 1-148, 17.

¹⁶⁷ Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* (Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 2. Aufl. 1981) [im Folgenden: Müller, *Soziale Grundrechte*], S. 184.

ge, inwieweit wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im materiellen Sinne justiziabel sind, sowohl auf internationaler wie auf nationaler Ebene. Problematisiert wird sie jedoch aufgrund der derzeitigen völkerrechtlichen Ausgangssituation, wie sie im folgenden Abschnitt beschrieben wird, vorwiegend im Zusammenhang mit der Frage nach einer verfassungsrechtlichen Anerkennung dieser Rechte und somit bezogen auf den innerstaatlichen Bereich.

2. Justiziabilität auf völkerrechtlicher Ebene

Da die Kategorie der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte ohnehin in nahezu jeder Hinsicht einem Vergleich mit bürgerlichen und politischen Menschenrechten unterzogen wird, wird man schnell darauf aufmerksam, dass die Durchsetzungsmechanismen für ICESCR und ESC erheblich hinter den ausgereiften Individualbeschwerdeverfahren, welche inzwischen für den ICCPR und in besonderem Maße für die EMRK existieren, zurückbleiben. So dominiert im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte nach wie vor die Aufsicht durch Berichtsprüfungsverfahren. Allerdings sind die Bemühungen zur Erhöhung der Effizienz dieser Verfahren in den letzten Jahren stark gestiegen, was dazu geführt hat, dass quasi-judizielle Elemente Eingang finden konnten.¹⁶⁸ Nach den neuesten Entwicklungen geht die Tendenz dahin, auch für diese Kategorie von Rechten spezifische Beschwerdeverfahren im Rahmen der entsprechenden Verträge einzuführen, um so dem Argument, wirtschaftliche und soziale Rechte seien nicht justiziabel (im formellen wie im materiellen Sinne), auch auf diese Weise entgegnet zu können.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Siehe dazu Matthew Craven, „Towards an Unofficial Petition Procedure: A Review on the Role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights“, in: Drzewicki/ Krause/ Rosas, *Social Rights as Human Rights* (Fn. 108), S. 91-113.

¹⁶⁹ Man beachte dagegen, dass innerhalb anderer regionaler Menschenrechtsregimes jeweils einheitliche Beschwerdeverfahren für alle Kategorien von Menschenrechten existieren, vgl. Art. 19 Abs. 6 des *Protocol of San Salvador* (Fn. 63). Über die Einhaltung der *Banjul Charter* (Fn. 97) wachen die *African Commission of Human and Peoples' Rights* sowie seit 2006 der *African Court on Human and Peoples' Rights*.

a) Das Kollektivbeschwerdeverfahren der ESC

Am 1. Juli 1998 ist, nach Ratifizierung durch fünf Mitgliedstaaten, ein Zusatzprotokoll zur ESC in Kraft getreten, durch welches den in der ESC garantierten Rechten ein Kollektivbeschwerdeverfahren zur Seite gestellt wurde. Dessen erklärtes Ziel ist es,

*„to take new measures to improve the effective enforcement of the social rights guaranteed by the Charter.“*¹⁷⁰

Dem vorausgegangen war eine relativ langwierige Entwicklungsphase, denn die schriftliche Ausarbeitung eines Entwurfes hatte bereits im Jahre 1990 begonnen.¹⁷¹ Seit Inkrafttreten des Protokolls hat das Kollektivbeschwerdeverfahren allerdings nur moderate Erfolge verzeichnen können. Bis August 2010 hatten lediglich vierzehn Staaten das Verfahren akzeptiert.¹⁷² Von den 63 bislang registrierten Beschwerden wurden vier für unzulässig befunden. In 34 der insgesamt 49 vom Ausschuss gefällten Entscheidungen zur Begründetheit wurde eine Verletzung eines oder mehrerer der in der ESC geschützten Rechte festgestellt.¹⁷³

Das Protokoll sieht ein Verfahren vor, welches es erlaubt, Beschwerden über die Verletzung von ESC-Rechten vor den Europäischen Ausschuss für soziale Rechte¹⁷⁴ (im Folgenden: ESC-Ausschuss) zu bringen.¹⁷⁵ Al-

¹⁷⁰ *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints* vom 09. November 1995, ETS No. 158, Präambel.

¹⁷¹ Holly Cullen, „The Collective Complaints Mechanism of the European Social Charter“ (2000) 25 *European Law Review*, S. 18-30, 29.

¹⁷² Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Protokoll bis dato nicht beigetreten.

¹⁷³ Stand: Dezember 2010. Eine Liste aller registrierten Beschwerden ist auf der Internetseite des Europarates zur Europäischen Sozialcharta (www.coe.int/socialcharter) erhältlich. Die bislang festgestellten Verletzungen der ESC betrafen am häufigsten Frankreich (elf), Griechenland (sechs) und Bulgarien (fünf), doch auch Portugal, Finnland, Schweden, Irland, Belgien, Kroatien, Italien, Slowenien und die Niederlande wurden schon „verurteilt“.

Eine Auswertung der Entscheidungen erscheint in unregelmäßigem Abstand in der *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, zuletzt durch Jean-François Akandji-Kombe, „Actualité de la charte sociale européenne, Chroniques des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives (mai 2005-décembre 2007 (1))“ (2008) 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, S. 507-548.

¹⁷⁴ Im Protokoll ist vom Unabhängigen Expertenausschuss (*Committee of Independent Experts*) die Rede. Dieser Ausschuss nennt sich nunmehr Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte (*European Committee for Social Rights*).

lerdings ist nicht jedermann antragsbefugt, auch nicht jedes beliebige Kollektiv von Personen, sondern nur diejenigen Organisationen, welche die in Art. 1 des Protokolls genauer bezeichneten Voraussetzungen erfüllen. Ausdrücklich dort genannt sind nationale und internationale Arbeiterorganisationen und Gewerkschaften. Internationale Nichtregierungsorganisationen können sich, sofern sie im Rahmen des Europarates bereits beratenden Status haben, in eine speziell hierfür geführte Liste aller für das Kollektivbeschwerdeverfahren antragsberechtigten Organisationen eintragen lassen.¹⁷⁶

Gegenstand einer Beschwerde kann ausschließlich die Behauptung sein, dass die Gesetze oder die Handlungsweisen eines Mitgliedstaates zu einer oder mehreren der Vorschriften der ESC in Widerspruch stehen. Auf die individuelle Verletzungssituation kommt es dabei nicht an, sondern die Verletzung muss genereller Natur sein.¹⁷⁷ Dabei ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, dass Anlass für eine Beschwerde durch eine zugelassene Organisation die Betroffenheit eines oder mehrerer Individuen in ihren durch die ESC garantierten Rechten sein kann, denn aus einer oder aus mehreren Individualsituationen lassen sich mitunter Schlüsse auf die generelle Situation ziehen.¹⁷⁸ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das Verfahren keineswegs der Geltendmachung kollektiver Rechte gilt, sondern dass es die kollektive Geltendmachung individueller Rechte zum Gegenstand hat.¹⁷⁹

Das Protokoll legt fest, dass der ESC-Ausschuss in seiner Funktion als quasi-judizielles Organ zunächst über die Zulässigkeit einer Beschwerde entscheidet, bevor das eigentliche Verfahren in Gang gesetzt wird (Art. 7). Über die Begründetheit der Beschwerde entscheidet der Ausschuss sodann in einem Bericht (mittlerweile auch als „*decision on the*

¹⁷⁵ Eine ausführliche Beschreibung des Verfahrens findet sich bei Régis Brillat, „A New Protocol to the European Social Charter Providing for Collective Complaints“ (1996) *European Human Rights Law Review*, S. 52-62, 58ff.

¹⁷⁶ Diese Liste ist auf der Internetseite des Europarates zur Europäischen Sozialcharta (www.coe.int/socialcharter) einsehbar.

¹⁷⁷ Brillat (Fn. 175), S. 60.

¹⁷⁸ Siehe die Stellungnahme des Europarates (Directorate of Human Rights) gegenüber dem UN-Generalsekretär in Bezug auf den Entwurf eines Fakultativprotokolls zum ICESCR zur Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens, wiedergegeben in UN Doc. E/CN.4/1998/84 vom 16. Januar 1998, S. 9.

¹⁷⁹ Frédéric Sudre, „Le Protocole Additionnel à la Charte Sociale Européenne prévoyant un système de réclamations collectives“ (1996) 100 *Revue Générale de Droit International Public*, S. 715-739, 725.

merits“ bezeichnet), in welchem festgestellt wird, ob eine Verletzung gegeben ist oder nicht, und der den Parteien sowie dem Ministerausschuss zugänglich gemacht wird (Art. 8). Letzterer muss im Falle der Verletzung von Charta-Rechten im Wege einer Resolution entscheiden, welche Empfehlungen an den Mitgliedstaat ausgesprochen werden, um Abhilfe zu schaffen.¹⁸⁰ Allerdings sind diese Empfehlungen ihrer Natur nach unverbindlich. Die betroffenen Vertragsstaaten sind lediglich verpflichtet, im Rahmen des parallel fortgeführten Staatenberichtsverfahrens Auskunft darüber zu erteilen, welche Maßnahmen sie zur Umsetzung einer solchen Empfehlung getroffen haben.¹⁸¹

Kritik an der Ausgestaltung dieses Verfahrens ist nicht ausgeblieben. Angefangen bei der Tatsache, dass die Kollektivbeschwerde keinen hinreichenden Schritt in Richtung einer Gleichstellung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte mit den bürgerlichen und politischen Rechten darzustellen vermag, da die Unterschiede zum Individualbeschwerdeverfahren nach der EMRK einerseits zu groß und diejenigen zum bereits existierenden Staatenberichtsverfahren andererseits zu gering sind.¹⁸² So kann selbst bei Feststellung einer Verletzung der ESC im Rahmen des Beschwerdeverfahrens keinerlei Abhilfe geschaffen werden. Die Überwachung der praktischen Umsetzung der ESC ist vielmehr weiterhin allein Sache des normalen Staatenberichtsverfahrens.¹⁸³ Zudem entscheidet über die dem Vertragsstaat gegenüber abzu-

¹⁸⁰ Additional Protocol (Fn. 170), Explanatory Report, para. 46. Diese Pflicht wurde bereits im allerersten Fall, in welchem das Kollektivbeschwerdeverfahren zur Anwendung kam, dem Fall *International Commission of Jurists v. Portugal*, missachtet. Der Ausschuss nahm hierin den Verstoß Portugals gegen die Charta lediglich zur Kenntnis. Siehe Jakob Schneider, „Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte“ (Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2004), S. 23, *online* erhältlich auf der Seite des Deutschen Instituts für Menschenrechte (www.institut-fuer-menschenrechte.de). Der Ministerausschuss ist zudem nicht das einzige politische Organ, welches am Verfahren beteiligt sein kann. Nach Art. 9 des Protokolls kann auch der Regierungsausschuss angerufen werden.

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 49.

¹⁸² Cullen (Fn. 171), S. 29; Schneider (Fn. 180), S. 24.

¹⁸³ Allerdings sind die Entscheidungen im Kollektivbeschwerdeverfahren häufig auf die im Staatenberichtsverfahren getroffenen Feststellungen gestützt, vgl. Jean-François Akandji-Kombé, „The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights“, in: Gráinne de Burca und Bruno de Witte, *Social Rights in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2005), S. 89-108, 90.

gebenden Empfehlungen der Ministerausschuss, also ein politisches Organ, dessen Entscheidungsfindungsprozess dementsprechend nicht judiziellen, sondern politischen Regeln unterliegt.¹⁸⁴ Ferner wird kritisiert, dass der ESC-Ausschuss für beide Verfahren (Kollektivbeschwerde und Staatenberichte) verantwortlich ist, was nicht nur eine große Arbeitsbelastung für die Mitglieder des Ausschusses bedeutet, sondern auch dazu führt, dass der Ausschuss einerseits im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens den Dialog mit den Mitgliedsstaaten zu suchen verpflichtet ist, andererseits aber im Kollektivbeschwerdeverfahren eine quasi-judizielle Funktion erfüllt, die diesen Dialog beeinträchtigen könnte.¹⁸⁵

Andererseits sollte hervorgehoben werden, dass vor der Initiierung dieses Kollektivbeschwerdeverfahrens seit Jahren auf internationaler Ebene keinerlei Entwicklung in Richtung der Justiziabilität wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte stattgefunden und dass sich die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens als politisch nicht durchsetzbar erwiesen hatte.¹⁸⁶ Ferner bestand mit dem Beschwerdesystem der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) bereits ein seit längerer Zeit funktionierendes Anschauungsmodell für eine Kollektivbeschwerde, welches als geeignete Vorlage dienen konnte.¹⁸⁷ Im Übrigen war von Anfang an im Rahmen der ESC nicht beabsichtigt, ein revolutionär neues Konzept zur Geltendmachung von Verletzungen der Charta-Rechte einzuführen. Das neue Beschwerdeverfahren war vielmehr darauf angelegt, zuvörderst die Schwächen des Staatenberichtsverfahrens

¹⁸⁴ Der Ministerausschuss hat allerdings erst in einem einzigen Fall von der Möglichkeit, eine Empfehlung abzugeben, Gebrauch gemacht; siehe *Committee of Ministers*, „Recommendation RecChs (2001) 1 on Collective complaint No. 6/ 1999 *Syndicat national des Professions du tourisme against France*“ vom 31. Januar 2001. Siehe hierzu auch die Kritik von Robin R. Churchill und Urfan Khaliq, „The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism For Ensuring Compliance With Economic And Social Rights?“ (2004) 15 *European Journal of International Law*, S. 417-456, 455.

¹⁸⁵ Robin R. Churchill und Urfan Khaliq, „Violations of Economic, Social, and Cultural Rights: The Current Use and Future Potential of the Collective Complaints Mechanism of the European Social Charter“, in: Mashood A. Baderin und Robert McCorquodale (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (Oxford: Oxford University Press, 2007), S. 195-240, 230ff.

¹⁸⁶ Hierfür wäre eine institutionelle Reform weit größeren Ausmaßes erforderlich gewesen, siehe Sudre (Fn. 179), S. 739; Schneider (Fn. 180), S. 24.

¹⁸⁷ Cullen (Fn. 171), S. 27.

auszubügeln, nämlich die Tatsache, dass eine Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen nur sehr begrenzt möglich ist und dass keines der mit dem Verfahren befassten Organe das letzte Wort über die Auslegung der ESC hat.¹⁸⁸ Die Kollektivbeschwerde macht es demgegenüber erstens möglich, Verletzungen durch Dritte aufdecken zu lassen, die aufgrund ihrer täglichen Arbeit im wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bereich mit den Themen und Problemen vertraut sind. Angesichts der Tatsache, dass bisher in gut der Hälfte aller vor den ESC-Ausschuss gebrachten Fälle eine Verletzung festgestellt wurde, scheint dieses Konzept aufzugehen.¹⁸⁹ Zweitens eröffnet das Verfahren die Gelegenheit, eine Art Fallrecht zu entwickeln, auf dessen Basis nach und nach eine einheitliche Auslegung und Anwendung der ESC erreicht werden kann,¹⁹⁰ was wiederum nach und nach auch einen Einfluss auf die unmittelbare Anwendbarkeit der ESC-Rechte im nationalen Recht haben könnte.¹⁹¹ Allerdings ändert all dies nichts daran, dass für die ESC ein dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vergleichbares rein judizielles Organ (also eine Art Europäischer Sozialgerichts-

¹⁸⁸ Siehe ausführlich zu den Schwächen des Staatenberichtsverfahrens Ineke Boerefijn, Aalt-Willem Heringa und Jeroen G.C. Schokkenbroek, „Towards a New System of Supervision for the European Social Charter“ (1991) 46 International Commission of Jurists – The Review, S. 42-50, 43f.

¹⁸⁹ So auch die Einschätzung von Jean-François Akandji-Kombé, „L'application de la Charte sociale européenne: la mise en œuvre par la procédure de la procédure de réclamations collectives“ (2000) Droit social, S. 888-896, 896.

¹⁹⁰ Siehe die Bestandsaufnahme nach dem 10-jährigen Bestehen des Kollektivbeschwerdeverfahrens bei Holly Cullen, „The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights“ (2009) 9 Human Rights Law Review, S. 61-93, 67ff. sowie die nach Rechten aufgegliederte Analyse bei Urfan Khaliq und Robin Churchill, „The European Committee of Social Rights, Putting Flesh on the Bare Bones of the European Social Charter“, in: Malcom Langford (Hrsg.), *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) [im Folgenden: Langford, *Social Rights Jurisprudence*], S. 428-452, 435ff.

¹⁹¹ Régis Brillat, „La Charte sociale européenne“, in: Constance Grewe und Florence Benoît-Rohmer (Hrsg.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs* (Strasbourg: Presses Universitaires, 2003) [im Folgenden: Grewe/Benoît-Rohmer, *Les droits sociaux*], S. 83-94, 89; Aliprantis (Fn. 31), S. 163 bezeichnet das Verfahren als „*utopie concrète*“, die exemplarische Wirkung entfalte; zur unmittelbaren Anwendbarkeit der ESC im deutschen Recht siehe unten, S. 107ff.

hof oder eine an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angegliederte „Sozialkammer“) weiterhin fehlt.¹⁹²

b) Das Fakultativprotokoll zum ICESCR

Während für den ICCPR bereits seit 1966 ein Individualbeschwerdeverfahren vor dem UN-Menschenrechtsausschuss existiert,¹⁹³ wird über die Einhaltung des ICESCR derzeit noch ausschließlich im Wege des Staatenberichtsverfahrens gewacht. Seit geraumer Zeit wurde jedoch auf UN-Ebene darauf hingearbeitet, die Durchsetzungsmechanismen für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte an diejenigen der bürgerlichen und politischen Rechte anzugleichen. Diese Bemühungen haben schließlich darin gemündet, dass die UN-Generalversammlung zum 60. Jahrestag der Allgemeinen Menschenrechtserklärung am 10. Dezember 2008 das Fakultativprotokoll zum ICESCR¹⁹⁴ verabschiedet und damit den Grundstein für ein Individualbeschwerdeverfahren basierend auf den im Sozialpakt verankerten Rechten gelegt hat.

aa) Entstehungsgeschichte

Die Verabschiedung des Zusatzprotokolls steht am Ende eines fast 20-jährigen Ausarbeitungsprozesses.¹⁹⁵ Im UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte wurde bereits seit Beginn der neunziger Jahre über die Möglichkeit eines Beschwerdeverfahrens diskutiert. Anlässlich der Wiener Weltmenschenrechtskonferenz im Jahr 1993 legte der Ausschuss ein entsprechendes Arbeitspapier vor und wurde daraufhin in der Abschlusserklärung zur Konferenz ausdrück-

¹⁹² Sudre (Fn. 179), S. 739; Jean-Michel Belorgey und Régis Brillat, „Quelle justice internationale pour les droits sociaux?“ (2008) *Droit social*, S. 774-777, 776.

¹⁹³ Siehe oben Fn. 52.

¹⁹⁴ *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* vom 10. Dezember 2008, UN Doc. A/RES/63/117 (Annex).

¹⁹⁵ Siehe die detaillierte Beschreibung des gesamten Prozesses von der Annahme der beiden Pakte bis zur Verabschiedung des ICESCR-Zusatzprotokolls bei Catarina de Albuquerque, „Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights“ (2010) 32 *Human Rights Quarterly*, S. 144-178.

lich ermutigt, das Thema weiterzuverfolgen.¹⁹⁶ Drei Jahre später legte der Ausschuss der Menschenrechtskommission seinen abschließenden Bericht zum Projekt eines Fakultativprotokolls zum ICESCR vor, welcher neben Erläuterungen zum geplanten Beschwerdeverfahren auch einen textlichen Entwurf des Protokolls enthielt.¹⁹⁷

Der Entwurf wurde den Vertragsstaaten sodann zur Stellungnahme übersandt, wobei die Resonanz jedoch eher gering blieb.¹⁹⁸ Die Bundesrepublik Deutschland nahm in zwei Berichten an den UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zum Entwurf Stellung. Während die erste Äußerung im Jahre 1998 ausdrücklich ablehnend ausfiel,¹⁹⁹ änderte sich dies mit der zweiten Äußerung im Jahre 1999.²⁰⁰ Diese fiel eher neutral aus und konzentrierte sich auf möglichst allgemeine Aussagen über die Nützlichkeit internationaler Beschwerdeverfahren. Dabei wurde jedoch explizit betont, dass es im Wesentlichen die Aufgabe der Vertragsstaaten sei, die Einhaltung der Vertragspflichten sicherzustellen, und zwar unter anderem durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit.

¹⁹⁶ Vienna Declaration and Programme of Action (Fn. 41), para. 75.

¹⁹⁷ „Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications in relation to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, Annex zu: Commission on Human Rights, 53rd Sess., „Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Note by the Secretary-General“, UN Doc. E/CN.4/1997/105 vom 18. Dezember 1996. Die Entstehungsgeschichte dieses Entwurfs ist ausführlich beschrieben bei Manfred Nowak, „The need for an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ (1995) 55 International Commission of Jurists – The Review, S. 153-165, 155ff.; siehe auch die Analyse verschiedener Optionen für die Ausgestaltung des Verfahrens bei Giorgio Malinverni, „Le projet de protocol additionnel au Pacte international relatif au droits économiques, sociaux et culturels“, in: Grewe/ Benoît-Rohmer, *Les droits sociaux* (Fn. 191), S. 95-115, 111-114.

¹⁹⁸ Insgesamt siebzehn Staaten übersandten Stellungnahmen, davon sprachen sich vierzehn zugunsten eines Fakultativprotokolls aus, siehe UN Docs. E/CN.4/1998/84 und Add. 1, E/CN.4/1999/112 und Add. 1 und 2, E/CN.4/2000/49, E/CN.4/2001/62 und Add.1.

¹⁹⁹ UN Doc. E/CN.4/1998/84, S. 5.

²⁰⁰ UN Doc. E/CN.4/2000/49, S. 5. Dazwischen ereignete sich die Ablösung der Regierung Kohl durch die Regierung Schröder.

Da das Fakultativprotokoll zum ICESCR aufgrund des Widerstandes der Mitgliedstaaten lange Zeit keinerlei Fortschritte zu machen schien, wurde im Jahre 2003 eine ständige Arbeitsgruppe eingerichtet, um die Optionen für das weitere Vorgehen im Hinblick auf das Fakultativprotokoll zu untersuchen.²⁰¹ Im Jahre 2006 erhielt die Arbeitsgruppe vom Menschenrechtsrat schließlich den Auftrag, einen konkreten Text auszuarbeiten.²⁰² Vertreter der UN-Mitgliedstaaten, verschiedener UN-Sonderorganisationen und nationaler Menschenrechtsinstitutionen sowie zahlreicher Nichtregierungsorganisationen²⁰³ widmeten sich fortan der Erarbeitung eines Entwurfs für ein Zusatzprotokoll. Dabei gelang es der Arbeitsgruppe trotz zahlreicher Meinungsverschiedenheiten im Detail, in den wichtigsten Punkten Einigkeit herzustellen und diverse Zweifel grundsätzlicher Art aus dem Weg zu räumen.²⁰⁴ Die anfänglichen Vorbehalte vieler Staaten, so auch der Bundesrepublik Deutschland, gegenüber einem großzügig ausgestalteten Individualbeschwerdungsverfahren wichen im Verhandlungsverlauf einer wohlwollenderen und konstruktiveren Position.²⁰⁵ Der im Abschlussbericht²⁰⁶ enthaltene Ent-

²⁰¹ *Open-ended working group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, ins Leben gerufen durch Resolution 2003/18 der Menschenrechtskommission (UN Doc. E/CN.4/RES/2003/18 vom 22. April 2003); mit Resolution 2004/29 wurde das ursprünglich einjährige Mandat verlängert (UN Doc. E/CN/RES/2004/29 vom 19. April 2004).

²⁰² UN Doc. A/HRC/RES/1/3 vom 29. Juni 2006.

²⁰³ Mehrere Nichtregierungsorganisationen schlossen sich zu diesem Zeitpunkt zu einer Koalition zusammen, um eine internationale Kampagne für ein Fakultativprotokoll zum ICESCR zu führen; siehe die Internetseite der *International NGO Coalition for an Optional Protocol to the ICESCR*, www.opicescr-coalition.org.

²⁰⁴ Siehe den Überblick über die in den Debatten vorgebrachten Argumente bei Malcolm Langford, „Closing the Gap? – An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights*, S. 1-28, 9ff.; ferner Riedel (Fn. 70), S. 85.

²⁰⁵ Valentin Aichele, „Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit: Das neue Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt“ (2009) 57 *Vereinte Nationen*, S. 72-78, 77.

²⁰⁶ „Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Geneva, 4-8 February and 31 March-4 April 2008)“, UN Doc. A/HRC/8/7 vom 23. Mai 2008.

wurf wurde im Juni 2008 vom Menschenrechtsrat angenommen und ein halbes Jahr später von der Generalversammlung verabschiedet.

bb) Das Individualbeschwerdeverfahren nach dem Fakultativprotokoll (OP-ICESCR)

Die entscheidende Neuerung, welche durch das Fakultativprotokoll bewirkt wird, liegt in der Erweiterung der Kompetenzen des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte um eine quasi-judizielle Funktion. Gemäß Art. 1 des Protokolls kann der Ausschuss Beschwerden (so genannte *communications*) entgegennehmen und prüfen. Während die in den Artikeln 2 bis 9 näher geregelte Individualbeschwerde zweifellos die meiste Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat, werden durch das Protokoll parallel zwei weitere Verfahren ins Leben gerufen: die Staatenbeschwerde nach Art. 10 und das vom Ausschuss initiiertbare Untersuchungsverfahren bei Verdacht auf schwere oder systematische Verletzungen der Paktrechte (Artt. 11 und 12). Allerdings sind Staaten diesen Verfahren nur unterworfen, wenn sie ausdrücklich erklären, dass sie die Zuständigkeit des Ausschusses für diese Verfahren anerkennen. Im übrigen gilt mit der Ratifizierung des Protokolls allein das Individualbeschwerdeverfahren als anerkannt.

Angesichts der Meinungsverschiedenheiten über die Justiziabilität der im Pakt enthaltenen Rechte betraf der wohl zentrale Streitpunkt bei der Ausarbeitung des Protokolls dessen Anwendungsbereich, also die Frage, welche Rechte im Rahmen der Individualbeschwerde geltend gemacht werden können. Dabei traten einige Staaten vehement für eine Einschränkung des Anwendungsbereiches ein, wonach jeder Staat bei der Ratifizierung hätte auswählen können, für welche Rechte er die Zuständigkeit des Ausschusses anerkennt, bzw. welche Rechte hiervon ausgeschlossen sein sollen („à-la-carte-Ansatz“).²⁰⁷ Obwohl dieser Vorschlag bis zum letzten Tag der Verhandlungen propagiert wurde, konnte er sich letztlich nicht durchsetzen, da sich eine Mehrheit der Staaten für einen umfassenden Ansatz aussprach.²⁰⁸ Die sachliche Zuständigkeit des Ausschusses erstreckt sich somit auf alle im Pakt enthaltenen Rech-

²⁰⁷ Barbara Wilson, „Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies“ (2009) *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, S. 295-317, 314; Langford (Fn. 204), S. 19.

²⁰⁸ Aichele (Fn. 205), S. 76.

te, einschließlich des in Art. 1 ICESCR garantierten Rechts auf Selbstbestimmung.²⁰⁹ In zeitlicher Hinsicht ist die Zuständigkeit auf Sachverhalte beschränkt, welche sich nach Inkrafttreten des Protokolls für den betroffenen Mitgliedstaat zugetragen haben oder welche zwar vor Inkrafttreten begonnen haben, jedoch nach diesem Zeitpunkt andauern und damit zu einer „*continuing violation*“ eines Paktrechtes führen (Art. 3 Abs. 2 lit. b) OP-ICESCR).²¹⁰

Im Rahmen der Zulässigkeitskriterien orientiert sich das Protokoll an den für andere internationale Beschwerdeverfahren üblichen Anforderungen. So müssen alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sein (Art. 3 Abs. 1 OP-ICESCR) und dieselbe Sache darf nicht bereits vom Ausschuss oder im Rahmen eines anderen internationalen Verfahrens untersucht worden sein (Art. 3 Abs. 2 lit. c) OP-ICESCR). Offensichtlich unbegründete, missbräuchliche oder anonyme Beschwerden sind ebenfalls für unzulässig zu erklären (Art. 3 Abs. 2 lit. e)-g) OP-ICESCR).

Ungewöhnlich ist dagegen einerseits die Tatsache, dass das Protokoll eine einjährige Beschwerdefrist nach Ausschöpfung des Rechtsweges vorsieht (Art. 3 Abs. 2 lit. a) OP-ICESCR), sowie andererseits die Ergänzung der Zulässigkeitskriterien durch ein negativ formuliertes Ermessenselement in Art. 4 OP-ICESCR. Nach letztgenannter Vorschrift kann der Ausschuss die Prüfung einer Beschwerde ablehnen, wenn diese keine klare Beschwerde im Sinne eines erlittenen Nachteils („*clear disadvantage*“) für den Beschwerdeführer erkennen lässt. Sinn und Zweck dieses Vorbehaltes sollte sein, eine Überflutung des Ausschusses mit unseriösen oder unbedeutenden Beschwerden verhindern zu können.²¹¹

Spezielle Vorgaben für die Prüfung der Begründetheit der Beschwerden sind in Artikel 8 des Protokolls festgelegt. In verfahrenstechnischer Hinsicht ist hier geregelt, dass der Ausschuss nicht-öffentlich berät und

²⁰⁹ Um das Recht auf Selbstbestimmung rankte sich eine separate Kontroverse; siehe Langford (Fn. 204), S. 20.

²¹⁰ Zum Konzept der *continuing violation* im Zusammenhang mit den aus wirtschaftlichen und sozialen Rechten resultierenden positiven Verpflichtungen, siehe Mirja Trilsch, „European Committee of Social Rights: The right to a healthy environment“ (2009) 7 International Journal of Constitutional Law, S. 529-538, 536.

²¹¹ Martin Scheinin und Malcolm Langford, „Evolution or Revolution? – Extrapolating from the Experience of the Human Rights Committee“ (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights, S. 97-113, 110.

welche Art von Dokumentation er bei der Untersuchung der Beschwerden zugrunde legen darf. Darüber hinaus enthält die Vorschrift in Abs. 4 jedoch auch normative Kriterien für die Beurteilung einer Beschwerde. So heißt es dort:

“When examining communications under the present Protocol, the Committee shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance with Part II of the Covenant. In doing so, the Committee shall bear in mind that the State Party may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant.”

Diese Art der Festlegung bestimmter materieller Prüfungskriterien ist insofern ungewöhnlich, als sich für vergleichbare internationale Beschwerdeverfahren keine dementsprechenden Vorgaben in den dazugehörigen Protokollen finden. Die Begründetheitsprüfung erfolgt vielmehr ausschließlich aufgrund der geregelten Rechte und den ihnen immanenten Kriterien.

Art. 8 Abs. 4 des Protokolls ist als Antwort auf die während der Verhandlungen geäußerten Bedenken gegen die Justiziabilität der im Sozialpakt enthaltenen Rechte zu verstehen.²¹² Die dem Fakultativprotokoll skeptisch gegenüber stehenden Staaten befürchteten, der Ausschuss könne die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 2 Abs. 1 ICESCR zu weit auslegen und hielten es daher für notwendig, die Prüfungskriterien genauer zu benennen – mit dem Ergebnis, dass die Frage des Erfolgs oder des Scheiterns der Verhandlungen letztlich von der Formulierung dieser Kriterien abhing.²¹³ Der schließlich gefundene Kompromiss trägt dem Prinzip Rechnung, dass eine Reihe von Maßnahmen den Anforderungen des ICESCR gerecht zu werden vermögen und dass der Ausschuss den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen den verschiedenen Optionen belässt.²¹⁴ In Anlehnung an die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts²¹⁵ wurde diesbezüglich festge-

²¹² Bruce Porter, „The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims from the Margins“ (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights, S. 39-53, 43.

²¹³ *Ibid.*, S. 45 und 49.

²¹⁴ Langford (Fn. 204), S. 26.

²¹⁵ Porter (Fn. 212), S. 49, der auf die Wechselwirkung zwischen nationalem und internationalem Recht hinweist, denn die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundrechte in der südafrikanischen Verfassung sind ihrerseits durch den ICESCR inspiriert und haben in ihrer praktischen Anwendung nunmehr die Ausgestaltung des Fakultativprotokolls zum ICESCR beeinflusst;

legt, dass es dem Ausschuss obliegt, die Angemessenheit („*reasonableness*“) der gewählten Maßnahmen zu prüfen.

Allein die Praxis kann letztlich zeigen, ob die Vorschrift des Art. 8 Abs. 4 OP-ICESCR das Beschwerdeverfahren positiv oder negativ beeinflussen wird. Von Seiten der Skeptiker ist mit dem Kriterium des *reasonableness* die Hoffnung verbunden, dass eine allzu weitreichende Einmischung des Ausschusses in innerstaatliche Entscheidungen im Bereich der Sozialpolitik einschließlich der Frage der Bereitstellung finanzieller Ressourcen vermieden werden kann.²¹⁶ Andererseits könnte bei zu großer Zurückhaltung des Ausschusses die Effizienz des Beschwerdeverfahrens und damit das Vorhaben, einen wirksamen Schutz gegen die Verletzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte zu schaffen, Schaden nehmen.²¹⁷ Diese Befürchtungen wurden im Rahmen der Verhandlungen zumindest teilweise durch eine Stellungnahme des Ausschusses gemildert, in welcher er darlegt, nach welchen Kriterien er die Angemessenheit staatlicher Maßnahmen zu beurteilen gedenkt.²¹⁸ Unter anderem beabsichtigt der Ausschuss zu berücksichtigen, inwieweit eine staatliche Maßnahme gezielt zur Erfüllung der Pflichten aus dem Sozialpakt vorgenommen wurde, ob der Staat in irgendeiner Weise diskriminierend oder willkürlich gehandelt hat und inwiefern die Maßnahme der Lebenssituation der am stärksten benachteiligten Bevölkerungsgruppen Rechnung trägt. Die Stellungnahme legt somit nahe, dass der Ausschuss darauf bedacht ist, das Beschwerdeverfahren mittels klarer Kriterien möglichst objektiv und zugleich wirksam auszugestalten. Ob das Fakultativprotokoll den diversen Erwartungen, die daran gestellt werden, wird gerecht werden können, wird somit entscheidend davon abhängen, ob dem Ausschuss der Drahtseilakt gelingt, sowohl die Skeptiker wie auch die Befürworter des Protokolls zufrieden zu stellen.

ibid., 51. Die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts zu wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten und der dabei verwendete *test of reasonableness* werden in Kapitel 4 dieser Arbeit eingehend erläutert.

²¹⁶ Porter (Fn. 212), S. 47.

²¹⁷ *Ibid.*, S. 40.

²¹⁸ *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, „An evaluation of the obligation to take steps to the “maximum of available resources” under an Optional Protocol to the Covenant“, UN Doc. E/C.12/2007/1 vom 10. Mai 2007, para. 8.

cc) Ausblick

Seit dem 24. September 2009 besteht für die ICESCR-Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Zusatzprotokoll zu unterzeichnen. Zwanzig Staaten haben noch am gleichen Tag von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, fünfzehn weitere Staaten folgten wenig später.²¹⁹ Gemäß seinem Artikel 18 tritt das Protokoll hingegen erst nach Hinterlegung der zehnten Ratifizierungs- oder Beitrittsurkunde in Kraft. Angesichts der Tatsache, dass bislang lediglich drei der Unterzeichnerstaaten dem Protokoll beigetreten sind,²²⁰ ist nicht abzusehen, wann das Protokoll in Kraft treten und das Beschwerdeverfahren zur Entstehung gelangen könnte.

Fest steht, dass die Annahme des Fakultativprotokolls diejenigen Stimmen, welche wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten kritisch gegenüberstehen, weil sie sie für zu unbestimmt, nicht-justiziabel, kostenintensiv und unvereinbar mit dem Prinzip der Gewaltenteilung betrachten, nicht hat verstummen lassen.²²¹ Zwar begründet das Fakultativprotokoll keine neuen Pflichten materieller Art. Diese ergeben sich vielmehr allein aus dem Sozialpakt, an dessen Inhalt die Staaten, die dem Protokoll beitreten können, ohnehin bereits gebunden sind.²²² Allerdings ist dies vermutlich kein Argument in den Augen derjenigen Staaten, die den ICESCR von vornherein nur deshalb ratifiziert haben, weil er den Staaten scheinbar einen schier grenzenlosen Beurteilungsspielraum belässt und konkrete Konsequenzen aus der Nichtbeachtung der Verpflichtungen aus dem ICESCR nicht zu befürchten stehen. Zu erwarten ist daher, dass viele Staaten zunächst eine abwartende Haltung einnehmen werden. Für die Bundesrepublik Deutschland jedenfalls scheint dies der Fall zu sein. Während die Bundesregierung ursprünglich hatte verlautbaren lassen, dass Deutschland zu den ersten Staaten gehören werde, die das Protokoll unterzeichnen,²²³ steht eine Unter-

²¹⁹ Stand: Dezember 2010.

²²⁰ Dabei handelt es sich um Ecuador, die Mongolei und jüngst Spanien. Stand: Dezember 2010.

²²¹ Siehe beispielsweise Inge Lorange Backer, „Ideals and Implementation – Ratifying another Complaints Procedure?“ (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights*, S. 91-96.

²²² In Bezug auf Norwegen insoweit Stein Evju, „Should Norway Ratify the Optional Protocol to the ICESCR? – That is the Question“ (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights*, S. 82-90, 87.

²²³ So jedenfalls Aichele (Fn. 205), S. 78.

zeichnung noch aus. Wenig überraschend ist dagegen die Tatsache, dass die überwiegende Anzahl der europäischen Staaten, welche das Protokoll bereits unterzeichnet haben, auch das Kollektivbeschwerdeverfahren nach der ESC akzeptiert hat.

Aus politischer Sicht lässt sich zugunsten der Ratifizierung des Protokolls anbringen, dass auch die skeptischen Staaten, ähnlich wie bei der Ausarbeitung des Protokolls, ein Interesse an der aktiven Mitwirkung am Verfahren haben dürften, denn dies würde ihnen erlauben, die ihrer Meinung nach problematischen Aspekte offen anzusprechen, um so die Handhabung des Verfahrens in ihrem Sinne zu beeinflussen.²²⁴ Allerdings spielt dieses Argument jedenfalls so lange, wie das Protokoll noch nicht in Kraft ist, keine Rolle.

Aus juristischer Sicht wiederum wird darauf hingewiesen, dass das Beschwerdeverfahren entscheidend dazu beitragen könnte, die Verpflichtungen aus dem ICESCR klarer werden zu lassen. Der Ausschuss ist häufig dafür kritisiert worden, die Grenzen der im Sozialpakt enthaltenen Rechte in seinen *General comments* und *Concluding observations* nicht ausreichend präzise zu benennen.²²⁵ In eben dieser Hinsicht könnte sich hingegen das Individualbeschwerdeverfahren als hilfreich erweisen; einerseits, weil es die Möglichkeit eröffnet, Sachverhalte vom Ausschuss prüfen zu lassen, welche im Staatenberichtsverfahren nicht zur Geltung kommen können²²⁶ und andererseits, weil der Ausschuss sich in einer quasi-judiziellen Funktion möglicherweise stärker darüber bewusst sein wird, welche Auswirkungen seine Entscheidungen haben und dass die rechtliche Argumentation von seiten der Kritiker genauestens unter die Lupe genommen werden wird.²²⁷

Bis zum Inkrafttreten des Fakultativprotokolls wird es im Rahmen des UN-Systems weiterhin nur ein einziges Individualbeschwerdeverfahren

²²⁴ Siehe Evju (Fn. 222), S. 90: "*It is better to be a player on the field than to stand on the sidelines.*"

²²⁵ Siehe beispielsweise Michael J. Dennis und David P. Stewart, „Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?“ (2004) 98 *American Journal of International Law*, S. 462-515, 491.

²²⁶ Beth A. Simmons, „Should States Ratify? – Process and Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR“ (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights*, S. 64-81, 68.

²²⁷ Scheinin/ Langford (Fn. 211), S. 100f.: "It is arguable that the stronger the procedure, the more likely that reasonable and balanced outcomes will result."

geben, mithilfe dessen die Verletzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte in begrenztem Umfang geltend gemacht werden kann. Das *Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (OP-CEDAW)²²⁸ erlaubt es Frauen, die Opfer von Diskriminierung sind, Beschwerde beim UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu erheben.²²⁹

3. Justiziabilität auf innerstaatlicher Ebene

Der Kern der Diskussion um die Justiziabilität wirtschaftlicher und sozialer Rechte liegt deshalb nach wie vor im innerstaatlichen Bereich, wo die entsprechenden Institutionen und Verfahren zur Durchsetzung subjektiver Rechte grundsätzlich vorhanden sind. Ohne die Analyse an dieser Stelle auf das Modell des Verfassungsstaates beschränken zu wollen, darf verallgemeinernd festgestellt werden, dass das internationale Menschenrechtsregime, jedenfalls was die bürgerlichen und politischen Rechte anbelangt, auf nationaler Ebene zumeist sein Pendant in Form von verfassungsmäßig garantierten Grundrechten findet. Im Hinblick auf die Kategorie der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte stellt sich demgemäß die Frage, ob es möglich oder sogar geboten wäre, ihnen in gleicher Weise Geltung zu verschaffen, also als Bestandteil eines abstrakt formulierten Grundrechtskataloges, welcher der gerichtlichen Kontrolle durch die Verfassungsgerichtsbarkeit unterliegt.

Die Problematik der Justiziabilität weist von dieser Prämisse ausgehend zwei Dimensionen auf.²³⁰ Zum einen eröffnet sie die Frage, inwiefern Inhalt und Natur der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte

²²⁸ UN Doc. A/RES/54/4 vom 06. Oktober 1999.

²²⁹ Dabei hat der Ausschuss bis dato (Stand: Dezember 2010) in einem Fall eine Verletzung eines der in der Konvention enthaltenen wirtschaftlichen und sozialen Rechte festgestellt, siehe *Communication No. 4/2004*, Ms. A.S. vs. Hungary vom 14. August 2006 zur Verletzung des Rechts auf Gesundheit der Beschwerdeführerin durch eine erzwungene Sterilisierung.

²³⁰ Dies entspricht grob der Differenzierung, die Scott/ Macklem (Fn. 166), S. 17ff.; und Hunt, *Reclaiming Social Rights* (Fn. 21), S. 24ff. vornehmen. Siehe auch die zusammenfassende Darstellung bei Aoife Nolan, Bruce Porter und Malcolm Langford, „The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal“ (August 2007), erhältlich *online* unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434944.

es erlauben, ihnen einen solchen Status zu verleihen. Ist es, anders gesagt, aus verfassungsrechtlicher Sicht **legitim**, der Judikative Entscheidungen über die mit diesen Rechten verbundenen Anliegen aufzuerlegen? Zweitens ist zu klären, ob die Gerichte als Entscheidungsträger auch die nötige materielle **Kompetenz** besitzen, welche zur Feststellung einer Verletzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten erforderlich ist. Sind Richter also überhaupt fähig und in der Lage, diese Rechte in juristisch vertretbarer Weise zu handhaben? Die wesentlichen Argumente, welche im Zusammenhang mit diesen beiden Problemanlässen vorgetragen werden, werden im Folgenden in der gebotenen Kürze dargestellt, ohne dass jedoch an diesem Punkt Stellung bezogen wird, denn die maßgeblichen Streitpunkte werden erst im Laufe der Untersuchung im Einzelnen zu klären sein.

a) Legitimitätsfragen

Gegen die Gleichstellung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte mit verfassungsmäßig verbrieften (bürgerlichen und politischen) Grundrechten bestehen aus Legitimitätsgesichtspunkten zweierlei prinzipielle Bedenken systematischer Art. Betroffen sind hiervon einerseits die Systematik der Grundrechte und andererseits die Systematik der Gewaltenteilung.

So liegt nach klassisch-liberalem Verständnis der Sinn und Zweck von verfassungsmäßig verbürgten Grundrechten vorwiegend darin, Eingriffe des Staates in die schützenswerte Freiheits- und Privatsphäre des Bürgers abzuwehren.²³¹ Der Inhalt wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte ist hingegen auf die Sicherung der materiellen Lebensvoraussetzungen des Einzelnen gerichtet. Damit liegt ihnen ein Anliegen zugrunde, welches, so die These, nur im Wege von Leistungsrechten verwirklicht werden kann und sich dementsprechend nicht legitimerweise in Form von verfassungsmäßig garantierten Grundrechten ausdrücken lässt.²³² Das wohl wichtigste Argument gegen die Justiziabilität von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten ist daher die De-

²³¹ BVerfGE 7, 198 [204]; 21, 362 [369]; siehe auch Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 3. Aufl. 1996) [im Folgenden: Alexy, *Theorie der Grundrechte*], S. 395. Siehe ferner oben S. 26f. zur Einteilung in positive und negative Rechte auf völkerrechtlicher Ebene.

²³² Hsin-Hua Wu, *Soziale Grundrechte in der Verfassung* (Diss.) (Tübingen: Brenner, 1997) [im Folgenden: Wu, *Soziale Grundrechte in der Verfassung*], S. 51; Böckenförde (Fn. 27), S. 11f.

definition der klassischen Grundrechte als reine Abwehrrechte (negative Rechte) bei gleichzeitiger Gleichsetzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten mit dem Begriff der Leistungsrechte. Grundrechte können keine Leistungsrechte sein, also können wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte niemals Grundrechte sein.

Umso mehr sind die Befürworter dieser Rechte von jeher bemüht gewesen zu zeigen, dass diese Dichotomie keine oder jedenfalls nur begrenzte Gültigkeit besitzt. Dies geschieht mit Verweis auf die bereits oben dargestellte „Dreiertypologie“ der Staatenverpflichtungen, derzufolge jedes Menschenrecht dem Staat auferlegt, es zu respektieren, zu schützen und zu erfüllen. Dementsprechend, so das Argument, enthält jedes Menschenrecht in gewissem Maße sowohl Abwehr- als auch Leistungscharakter.²³³ Bestätigt zu werden scheint dies durch die Tatsache, dass viele der klassischen Abwehrrechte zu ihrer Verwirklichung des aktiven Eingreifens durch den Staat bedürfen. So erfordert das Recht auf ein faires Verfahren die Errichtung und Unterhaltung eines Justizwesens.²³⁴ Ferner ist aufgrund der grundrechtsdogmatischen Entwicklungen der letzten Jahre das Konzept der „reinen“ Abwehrrechte nach und nach der Einsicht gewichen, dass sich auch aus den klassischen Freiheits- und Gleichheitsrechten im Einzelfall gerichtlich durchsetzbare Leistungs- oder Teilhabeansprüche des Einzelnen ergeben können.²³⁵ Entsprechende Entscheidungen sowohl internationaler als auch nationaler Gerichte²³⁶ widerlegen die geschilderte Dichotomie von „positiven“ und „negativen“ Rechten und entkräften damit nach Ansicht der Fürsprecher von wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten auch den Einwand, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Grundrechte schlicht ungeeignet seien.

Zweitens wird den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten entgegengehalten, dass ihre Gewährung in Form von verfassungsmäßig verbürgten Grundrechten nicht mit dem Prinzip der Gewaltenteilung

²³³ Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 15. An späterer Stelle (S. 128) weist Craven allerdings zu Recht darauf hin, dass die Einhaltung derartiger Staatenverpflichtungen, wie sie im Völkerrecht bestehen, in der Regel nicht den Gegenstand von Gerichtsverfahren auf nationaler Ebene bilden. Die Eide'sche Formel kann daher nicht ohne weiteres von der überstaatlichen auf die innerstaatliche Ebene übertragen werden.

²³⁴ Simma (Fn. 54), S. 871f.; van Hoof (Fn. 34), S. 103.

²³⁵ Lücke (Fn. 157), S. 31 m.w.N.

²³⁶ Vgl. die mannigfachen Nachweise bei Scott/ Macklem (Fn. 166), S. 48ff.

vereinbar sei.²³⁷ Die Verwirklichung wirtschaftlicher und sozialer Rechte erfordere nämlich sozialpolitische Entscheidungen programmatischer Natur, wie sie nur der Gesetzgeber zu treffen befugt ist. Darüber hinaus sei die Verwirklichung von sozialen Leistungsrechten stets kostenintensiv, so dass sie auch erhebliche finanzpolitische Erwägungen notwendig machten, welche jedoch nach dem Prinzip der Haushaltshoheit dem Parlament als dem demokratisch legitimierten Gremium vorbehalten seien. Wenn Gerichte über Haushaltsfragen entscheiden dürften, dann schränke dies den haushaltspolitischen Gestaltungsspielraum des Staates in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise ein.²³⁸

Hiergegen werden von Seiten der Befürworter wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte zweierlei Einwände geltend gemacht. Einerseits wird argumentiert, dass Gerichte auch im Umgang mit bürgerlichen und politischen Rechten bisweilen veranlasst seien, Entscheidungen von politischer Relevanz, und zwar mitunter sogar in der Sozial- und Finanzpolitik, zu treffen.²³⁹ Diese Bereiche seien mithin als Objekte der Grundrechtsjurisprudenz nicht von vornherein ausgeschlossen. Insofern wird erneut darauf verwiesen, dass die Unterschiede zwischen den beiden Kategorien von Rechten letztlich nicht so groß seien, wie von der Gegenseite stets behauptet wird.

Der zweite Einwand befasst sich mit dem modernen Verständnis von Demokratie und Gewaltenteilung. Als tragendes Prinzip des Rechtsstaates besagt die Doktrin der Gewaltenteilung, dass die Legislative die Gesetze macht, die Exekutive diese vollzieht und die Judikative sie anwendet und durchsetzt. Die drei Gewalten repräsentieren also fundamental unterschiedliche Funktionen im staatlichen Gefüge,

²³⁷ Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte* (Fn. 26), S. 19; Wolfgang Martens, „Grundrechte im Leistungsstaat“ (1972) 30 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 7-38, 36; Böckenförde (Fn. 27), S. 11.

²³⁸ Joel Bakan, „What’s Wrong with Social Rights?“, in: Joel Bakan und David Schneiderman (Hrsg.), *Social Justice and the Constitution, Perspectives on a Social Union for Canada* (Ottawa: Carleton University Press, 1992) [im Folgenden: Bakan/ Schneiderman, *Social Justice and the Constitution*], S. 85-99, 89.

²³⁹ Martha Jackman, „Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate“, in: Bakan/ Schneiderman, *Social Justice and the Constitution* (Fn. 238), S. 17-28, 23f.; auf völkerrechtlicher Ebene zeigt Scheinin (Fn. 161), S. 44ff. zahlreiche Beispiele auf, wie die in ICCPR und EMRK geschützten Rechte zur Durchsetzung sozialer Anliegen vor den entsprechenden Instanzen herangezogen wurden.

*„which must be maintained as separate and distinct, each sovereign in its own area, none to operate in the realm assigned to another.“*²⁴⁰

Diese strikte Trennung, so das Argument, entspreche jedoch nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. In Wahrheit stünden die Gewalten vielmehr in einem Verhältnis der gegenseitigen Beeinflussung und Rücksichtnahme, in welchem die Grenzen ihrer Kompetenzen fließend seien und sich im spezifischen Zusammenhang ständig neu definierten.²⁴¹ Insbesondere die Rechtsprechung im Bereich der Grundrechte trage hierzu entscheidend bei, denn es sei ja gerade der Sinn und Zweck von Grundrechten, in den Funktionsbereich des Gesetzgebers und der Verwaltung einzugreifen und deren Handlungsspielraum einzuschränken, sei es nun in ihrer Funktion als objektive Wertemaßstäbe oder als subjektive Rechtspositionen.²⁴² Aus diesen Gründen stelle auch das Prinzip der Gewaltenteilung kein unüberwindbares Hindernis für die Konstitutionalisierung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Grundrechte dar.

b) Kompetenzfragen

In der zweiten Dimension der Justiziabilitätsproblematik werden Umfang und Grenzen institutioneller Kompetenzen im Umgang mit wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten diskutiert. Zugegebenermaßen überschneiden sich hier bei einigen der strittigen Punkte die Argumente mit denjenigen, welche soeben zur Frage der Legitimität angeführt wurden.

Denn auch im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit Gerichte die nötigen Kapazitäten und Kompetenzen besitzen, um über die relevanten (Rechts-)Fragen entscheiden zu können, werden die am häufigsten verwendeten Unterscheidungskriterien zwischen den beiden Men-

²⁴⁰ Philip B. Kurland, „The Rise and Fall of the “Doctrine” of Separation of Powers“ (1986-87) 85 Michigan Law Review, S. 592-613, 593.

²⁴¹ Scott/ Macklem (Fn. 166), S. 42; vgl. in diesem Zusammenhang Lorz, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht* (Fn. 158), S. 83ff., der darlegt, dass das Gebot der Rücksichtnahme und die Pflicht zum positiven Zusammenwirken der Gewalten zwar nicht Teil des Gewaltenteilungsgrundsatzes, aber notwendige Folge seines Wirkprinzips sind.

²⁴² Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 231), S. 466; Malcolm Langford, „The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory“, in: Langford, *Social Rights Jurisprudence* (Fn. 190), S. 3-45, 32ff.

schenrechtskategorien erneut aufgegriffen: wirtschaftliche und soziale Rechte werden als zu unpräzise, ihre sachlichen Implikationen als zu komplex und zu kostspielig betrachtet. Aufgrund dieser Attribute führen einige Autoren ins Feld, dass die Justiz nicht das nötige „Handwerkszeug“ und nicht die nötige Expertise besitze, um die aus diesen Rechten erwachsenden juristischen Konflikte in angemessener Weise lösen zu können.²⁴³

Diesem Argument wird wiederum in zweifacher Weise entgegengetreten. Einerseits wird versucht, die behaupteten Unterschiede zu widerlegen. Nach Ansicht der Befürworter sind nämlich wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nicht unbedingt unpräziser, komplexer und kostspieliger als andere Rechte. So seien die Schutzbereiche der bürgerlichen und politischen Rechte keineswegs von Anfang an eindeutig und unveränderlich vorgezeichnet gewesen. Vielmehr hätten sich diese meist erst mit der Zeit im Wege der ständigen Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung präzisiert:

*“The specific shape and contour of a right is the result of years of repeated applications of practical reasoning to facts at hand.”*²⁴⁴

Die Tatsache, dass wirtschaftliche und soziale Rechte bisher so wenig Anerkennung in Form von einklagbaren Grundrechten gefunden haben, sei also nicht die Folge, sondern der Grund ihrer Unbestimmtheit:

*“Historical, ideological, and philosophical exclusions of social rights from adjudicative experience have resulted in a failure to accumulate experience that would render the imprecision of social rights less and less true as time goes on.”*²⁴⁵

In Bezug auf das Kostenargument wird argumentiert, dass Gerichte gerade in Verfassungsstreitigkeiten und bei der Durchsetzung klassischer Freiheitsrechte des Öfteren Entscheidungen trafen, die massive Ausgaben des Staates zur Folge hätten, ohne dass haushaltspolitische Beden-

²⁴³ Bakan (Fn. 238), S. 86ff.; Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte* (Fn. 26), S. 18.

²⁴⁴ Scott/ Macklem (Fn. 166), S. 72; ähnlich auch Etienne Mureinik, „Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution“ (1992) 8 *South African Journal on Human Rights*, S. 464-474, 469.

²⁴⁵ Scott/ Macklem (Fn. 166), S. 73; so auch Craven, *ICESCR* (Fn. 21), S. 10: “[T]he lack of national case law directly related to economic, social and cultural rights has itself perpetuated the idea that those rights are not capable of judicial enforcement.”

ken zu Tage träten.²⁴⁶ Schließlich, und dieses Argument wurde bereits im Rahmen der Legitimität angeführt, sei es auch durchaus üblich, dass Gerichte sich mit sozialpolitischen Fragen befassen, weswegen nicht einzusehen sei, warum die sachlichen Implikationen bei wirtschaftlichen und sozialen Rechtspositionen notwendigerweise komplexer seien als in anderen Rechtsbereichen.

Freilich sind sich alle Autoren, egal ob *pro* oder *contra* Konstitutionalisierung, einig, dass wirtschaftliche und soziale Rechte – jedenfalls theoretisch – komplexer sein können als andere Rechte. Allein die Schlüsse, welche hieraus gezogen werden, unterscheiden sich drastisch. Wenn dem Richter abverlangt würde, auf der Grundlage multipler Theorien programmatische Entscheidungen darüber zu treffen, wie diese Rechte idealerweise zu verwirklichen seien, dann – so die Überzeugung der Gegner sozialer Grundrechte – sei er hiermit ohne Zweifel überfordert.²⁴⁷ Die Befürworter sozialer Grundrechte dagegen meinen, dass diese Befürchtungen auf einer Fehlvorstellung über die Aufgaben der Verfassungsrechtsprechung beruhen. Zu dieser gehöre ohne weiteres, bereits getroffene politische Entscheidungen am rechtlichen Maßstab der Verfassung zu messen. Insofern treffe ein Verfassungsgericht aber keine eigenen politischen Entscheidungen, sondern es überprüfe lediglich diejenigen der Legislative und Exekutive anhand bestehender Vorgaben.²⁴⁸ Darüber hinaus bewegten sich Grundrechtsstreitigkeiten nicht auf der abstrakten Ebene der Politik, sondern beträfen konkrete Situationen aus der Lebenssphäre der Grundrechtsträger, und nur in Bezug auf diese sei der Richter gefragt, anhand der ihm zur Verfügung stehenden juristischen Beurteilungskriterien zu entscheiden.²⁴⁹

Die Schlussfolgerungen, welche die Vertreter der jeweiligen Ansicht aus dieser Diskussion ziehen, könnten selbstredend nicht gegensätzlicher sein. Auf Seiten der Gegner verlässt man sich wie selbstverständlich auf die angeblich extremen Unterschiede zwischen den Menschenrechtskategorien, ohne dass eine Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten stattfinden würde. Im Rahmen der beiden Dimensionen der Debatte (Legitimitätsaspekte und Kompetenzfragen) werden diese Unterschiede dann sooft wie möglich eingebracht, mit dem Resultat, dass die einzel-

²⁴⁶ Mureinik (Fn. 244), S. 466; siehe auch die Nachweise oben in Fn. 234.

²⁴⁷ Mureinik (Fn. 244), S. 466ff.; Bakan (Fn. 238), S. 86ff.

²⁴⁸ Mureinik (Fn. 246), S. 471ff.

²⁴⁹ Scott/ Macklem (Fn. 166), S. 72; Langford (Fn. 242), S. 35f.

nen Argumente zu einem untrennbar verwobenen Netz des Widerstandes verschmelzen.

Die Befürworter von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundrechten sind sich hingegen einig, dass die Unterschiede, welche gemeinhin zwischen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten einerseits und bürgerlichen und politischen Rechten andererseits gemacht werden, nicht, wie verbreitet behauptet, grundsätzlicher, sondern lediglich gradueller Art sind, und dass die Nicht-Justiziabilität den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten daher keineswegs wesensgemäß sei.²⁵⁰ Welche Folgen sich allerdings aus diesen behaupteten „graduellen Unterschieden“ ergeben sollen, darüber geben diese Autoren keine Auskunft. Bis zu welchem Grad sind die beiden Kategorien unterschiedlich? Und was bedeutet dies für die Frage der Justiziabilität? Sprich: wie weit dürfen wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in ihren Eigenschaften von denen der bürgerlichen und politischen Rechte abweichen, um noch als justiziabel zu gelten? Diese Folgefragen haben bisher nur die allerwenigsten Autoren zu beantworten versucht.

D. Zwischenergebnis

Anhand dieses kurzen Überblicks über die wichtigsten Grundlagen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte und die gängigsten Argumente für und wider ihre Justiziabilität wurde erkennbar, an welchen Punkten weiterhin erheblicher Klärungsbedarf besteht. Dass sich der Streit um die Justiziabilität dieser Rechte nicht ohne weiteres anhand der beschriebenen Argumente entscheiden lässt, zeigt schon die Tatsache, dass er quasi seit Jahrzehnten mit fast unverändertem Inhalt geführt wird.²⁵¹ Eine neuerliche Untersuchung der Frage, ob wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte justiziabel sind, kann daher nur Erfolg haben, wenn sie sich neuer Methoden bedient.

²⁵⁰ Karl-Jürgen Bieback, „Sozialstaatsprinzip und Grundrechte“ (1985) 12 Europäische Grundrechte Zeitschrift, S. 657-669, 663; Simma (Fn. 54), S. 872f.; Lücke (Fn. 157), S. 39.

²⁵¹ So auch Rudolf Machacek, „Über das Wesen der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte“, in: Franz Matscher (Hrsg.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte* (Kehl: Engel, 1991) [im Folgenden: Matscher, *Die Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*], S. 21-74, 30f.

Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller
Rechte im innerstaatlichen Recht

Trilsch, M.

2012, XIX, 559 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-28621-6