

DR. REINHARD MARX

- Rechtsanwalt -

RA Dr. Reinhard Marx - Mainzer Landstr. 127a – D- 60327 Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 127a
(Eingang Rudolfstraße)
D-60327 Frankfurt am Main

Kurzstellungnahme

zur öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe
am 17. Dezember 2008
zum Thema

„Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und Extraterritoriale Staatenpflichten“

Telefon: 0049/ 69/ 24 27 17 34

Telefax: 0049/ 69/ 24 27 17 35

E-Mail: info@ramarx.de

Internet: <http://www.ramarx.de>

3489/08M/S

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

16. Dezember 2008

Themenkomplex I: Extraterritoriale Staatenpflichten und internationale Friedensmissionen

Fragen 1 und 2: Einzelstaatliches Handeln wird zwar durch *internationale* Verpflichtungen gebunden, Geltung erlangen nationale Maßnahmen jedoch grundsätzlich nur im Rahmen der Herrschaftsgewalt der einzelnen Nationalstaaten, also innerhalb des jeweiligen *Staatsgebietes*. In den letzten Jahren kann freilich eine vorsichtige und behutsame Auflockerung des Territorialprinzips im Menschenrechtsschutz festgestellt werden. Nach der internationalen Rechtsprechung umfasst das Konzept der Regierungsverantwortlichkeit alle Personen *innerhalb der Gewalt* des Staates *oder* unter dessen *wirksamer Kontrolle*, auch wenn sie sich nicht innerhalb ihres Gebietes aufhielten. Auch der EGMR bezieht die Regierungsverantwortlichkeit auf den Fall, in dem der Vertragsstaat in Konsequenz einer militärischen Besetzung wirksame Kontrolle über ein relevantes Gebiet außerhalb des eigenen Staatsgebietes und seine Bewohner ausübt *oder* mit Zustimmung, auf Ersuchen oder mit Billigung der Regierung des betreffenden Gebietes dort die vollständige oder teilweise Herrschaftsgewalt, die normalerweise durch diese Regierung ausgeübt werde, übernommen hat. Dieser ist danach auch für die Verletzung der Rechte und Freiheiten von Personen verantwortlich, wenn diese sich im Gebiet eines anderen Staates befinden, dort jedoch der Kontrolle des Vertragsstaates mittels seiner dort – rechtmäßig oder unrechtmäßig – agierenden Organe ausgesetzt seien.

Frage 2: Art. 24 Abs. 2 GG ist die Rechtsgrundlage für die Beteiligung des Bundes, sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzuordnen. Dies hat zur Folge, dass die Bundesrepublik im Rahmen ihrer Beteiligung an internationalen Friedenseinsätzen zwar in eine *Beschränkung* ihrer Hoheitsrechte einwilligen kann, ohne diese damit zugleich vollständig auf eine internationale Organisation zu *übertragen*. DIE

Bundeswehr übt damit auch im Rahmen von Friedensmissionen *deutsche Hoheitsgewalt* aus, die lediglich durch die auf dem System der kollektiven Sicherheit beruhenden militärischen Kommandobefugnisse beschränkt ist.

Frage 4 und 5: Nach einem allgemeinen Rechtsprinzip hat jedes nationale Kontingent im Rahmen internationaler Friedenseinsätze entsprechend dem internationalen Konzept der Regierungsverantwortlichkeit dafür Sorge zu tragen, dass die im Auftrag des Entsendestaates handelnden Organe und Einzelpersonen die in Menschenrechtsabkommen garantierten Rechte unbeteiligter Zivilpersonen achten und wirksame Schutzvorkehrungen gegen eine Verletzung dieser Rechte ZU treffen. Unvereinbar hiermit ist die Auffassung des BMVg, die Bundeswehr übe im Rahmen internationaler Friedensmissionen ausschließlich Hoheitsgewalt der VN aus; sodass diese nicht an die Grundrechte gebunden seien. Dagegen steht auch die Rechtsprechung des BVerfG, wonach die zur Verfügung gestellten nationalen Kontingente zwar in die Organisation der VN *integriert* und zum Zwecke der gemeinsamen Führung einer *begrenzten* Befehlsgewalt eines Kommandeurs der Vereinten Nationen unterstellt sind. Einsätze der Bundeswehr im Rahmen von Friedensmissionen beurteilten sich damit nach Art. 24 Abs. 2 GG, der dem Bund nicht das Recht einräumt, Hoheitsrechte vollständig auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. In diesem Sinne haben die unterschiedlichen Bundesregierungen seit 1993 gehandelt. Danach erhält der Kommandeur der VN „wie üblich“ lediglich „*operational control*.“ Die Befehls- und Kommandogewalt verbleibt bei der Bundeswehr (Praxis der *nationalen Befehlskette*).

Die Ansicht der Bundesregierung, Reichweite der Bindungswirkung der Grund- und Menschenrechte würden durch die Übernahme internationaler Aufgaben und Verpflichtungen begrenzt, ist damit rechtlich nicht haltbar. Die mit der Übertragung einer „begrenzten Befehlsgewalt“ an den Kommandeur des internationalen Friedeneinsatzes¹ verbundene Einschränkung der Hoheitsrechte befreit die Bundesregierung nicht von ihrer Verantwortung für die Ausführung von Anweisungen im Rahmen der begrenzten Befehlsgewalt. Vielmehr bleibt sie hierfür im vollen Umfang verantwortlich, sodass Grund- und Menschenrechte im Rahmen der Ausführung militärischer Einsätze uneingeschränkt zu beachten sind. Aus völkerrechtlicher Sicht ist das nationale Kontingent im Rahmen internationaler Friedenseinsätze für alle Personen verantwortlich, d.h. sie haben die Inanspruchnahme der Konventionsrechte durch alle Personen *innerhalb ihrer Gewalt* oder unter ihrer *wirksamen Kontrolle* sicherzustellen. Ein Weisungsrecht gegenüber den nationalen Kontingenten besteht nicht. Die Beschlüsse des Sicherheitsrates und des von diesem autorisierten internationalen Kommandos werden von den Mitgliedstaaten durchgeführt (Art. 48 Abs. 2 UN-Charta), unterliegen also hinsichtlich der Durchführung der vollen rechtlichen Verantwortung der Mitgliedstaaten.

Darüber hinaus müsste die Bundesrepublik bei einem Vorgehen nach Art. 43 UN-Charta Vorsorge dafür treffen, dass der Grundrechtsstandard erhalten bleibt: Die Grenze für den Grundsatz der Bindungswirkung der Resolutionen des Sicherheitsrates sind lediglich die *zwingenden fundamentalen Bestimmungen* des *ius cogens* (Art. 53 WVRK). Einer Loslösung der Bundesrepublik Deutschland aus grund- und menschenrechtlichen Bindungen bei Übertragung der Hoheitsrechte auf den SR steht jedoch die „*Solange*“ - Rechtsprechung des BVerfG wie auch des EGMR entgegen. Solange danach eine internationale Organisation

¹ BVerfGE 90, 286 (353).

generell „einen wirksamen Schutz der Grundrechte“ gegenüber ihrer Hoheitsgewalt gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuachten ist, tritt der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz zurück.² Ein auf das *ius cogens* reduzierter Grundrechtsschutz ist jedoch weitaus schwächer als der unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz. Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes besteht die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten unter der EMRK fort, wenn Hoheitsrechte auf internationale Organisationen übertragen werden.³

Für die *Festnahme von Personen* hat das BMVg kein *Überprüfungsverfahren* angeordnet wenn festgenommene Personen nicht an die zuständigen Behörden übergeben werden und von ihnen nach Ansicht des verantwortlichen Offiziers eine Gefahr ausgeht. Die richterliche Überprüfung ist jedoch „unverzüglich“, also nach Beendigung des operativen Einsatzes zu gewährleisten oder diese ist unter Beachtung des Unverzöglichkeitsgebotes den nationalen Behörden zu übergeben. Soweit die Bundeswehr einzelne Personen an Organe eines anderen Staates (Afghanistan) überstellt, also die Verantwortlichkeit für die Behandlung des Gefangenen auf einen anderen Staat verlagert, gelten nach der Rechtsprechung des EGMR die Bindung der EMRK im vollen Umfang. Daher sind die prognoserechtlichen Grundsätze nach der flüchtlingsrechtlichen Rechtsprechung anzuwenden. Besteht danach ein »*tatsächliches Risiko*«, dass die zu überstellende Person nach der Überstellung gefoltert, unmenschlich behandelt oder gar außergerichtlich hingerichtet wird, ist diese unzulässig. Die Angehörigen der Bundeswehr sind darüber hinaus an Art. 102 GG gebunden und dürfen den Betroffenen bei drohender Todesstrafe nicht an die nationalen Behörden überstellen.

Soweit die Risikoprognose durch *diplomatische Zusicherungen* ersetzt wird, hat der VN-Ausschuss gegen Folter eine wirksame Überwachung und angemessene Verfahrensgarantien nach der Überstellung gefordert.⁴ Nach dem EGMR befreien diplomatische Zusicherungen nicht von der *sorgfältigen und notwendigerweise strengen Prüfung*, ob im konkreten Einzelfall derartige Zusicherungen in ihrer tatsächlichen Anwendung zureichende Garantien gegen eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung gewährleisten.⁵ An diese völkerrechtlichen Grundsätze sind die Einsatzführer vor Ort gebunden. Gegen das von der Bundesregierung angestrebte *bilaterale Abkommen mit der afghanischen Regierung* über die Übergabe festgehaltener Personen ist deshalb einzuwenden, dass die Regierung Karzai weder willens noch in der Lage ist, die Erfüllung irgendwelcher Regierungsabkommen durchzusetzen und die nationalen Polizeibehörden weitgehend von den Taliban unterwandert sind. Nach dem Lagebericht des Auswärtigen Amtes vom 7. März 2008 ist die Situation im Justizwesen wie in der öffentlichen Verwaltung gleichermaßen prekär. Weit verbreitete Korruption und mangelnde fachliche Qualifikation bis in die höchsten Ebenen der Verwaltung hätten eine Ineffizienz des Verwaltungsapparates zur Folge. Dies gelte insbesondere auch für die Afghanische Nationalpolizei (ANP). Die Loyalität einzelner Polizeioffiziere gelte oftmals weniger dem Staat als lokalen oder regionalen Machthabern („*Warlords*“). In der öffentlichen Wahrnehmung sei die ANP kein Stabilitäts- sondern vielmehr oft ein Unsicherheitsfaktor.

² BVerfGE 73, 339 (387).

³ EGMR, Urt. v. 18. Februar 1999, No. 24833/94, Rdn 32 - *Matthews v. UK*; EGMR, Urt. v. 18. Februar 1999; o. 26083/94 - *Waite and Kennedy v. Germany*; EKMR, Entsch. v. 9. Februar 1990, No. 13258/87 - *M. & Co. v. Federal Republic of Germany*.

⁴ CAT/C/CR/33/3, § 4, Nov. 2004.

⁵ EGMR, Urteil v. 28. Februar 2008 – No. 37201/06, Rdn. 147 - 148 – *Saadi v. Italy*

Für die *OEF-Streitkräfte* im Süden und Südosten von Afghanistan findet humanitäres Recht Anwendung, sodass die menschenrechtlichen Schutznormen nicht unbeschränkt gelten. Der *Richtervorbehalt* bei Festnahmen kann deshalb zwar während anhaltender Kampfhandlungen nicht gewährleistet werden, greift jedoch ab dem Zeitpunkt, in dem ein Abweichen hiervon nicht mehr erforderlich ist, es sei denn, dies würde zwingenden Bedürfnissen bewaffneter Konflikte widersprechen, denen das humanitäre Recht Rechnung trägt. Die humanitären Regelungen etwa des III. Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen finden auf interne bewaffnete Konflikte keine Anwendung und Art. 3 der Genfer Konvention enthält den Richtervorbehalt nicht. Nach Abschluss der jeweils konkreten militärischen Kampfhandlung ist jedoch Vorsorge zu treffen, dass ein Richter über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung dabei festgenommener Personen entscheidet. Wird anstelle der weiteren Gefangennahme der Weg der Übergabe an verbündete Streitkräfte oder an nationale Behörden gewählt, ist der Refoulementschutz wegen seines *ius cogens*-Charakters zu beachten.

Frage 6: Auf die Sicherstellung eines stärkeren Grundrechtsschutzes innerhalb eines bestehenden und zur Verlängerung anstehenden Mandates bezieht das BVerfG den Parlamentsvorbehalt nicht. Bei einer Beibehaltung der derzeitigen Praxis kann daher das Parlament auf die Sicherstellung „hoher grund- und menschenrechtlicher Standards“ kaum wirksam Einfluss ausüben. Die Regierungsvorlage als solche kann nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht verändert werden. Wenn indes die vom BVerfG festgestellte „*Tendenz zur verstärkten Parlamentarisierung der Willensbildung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten*“ mehr sein soll als ein Lippenbekenntnis, müssten die zuständigen Ausschüsse bedeutend intensiver in die der Abfassung der Regierungsvorlage vorangehende Diskussion einbezogen werden.

Frage 7: Ungeachtet der häufig aus menschenrechtlicher Sicht unzureichenden nationalen Praxis scheint die Überstellungspraxis stillschweigend fortgesetzt zu werden und wird diese Praxis in der politischen Diskussion bislang nicht thematisiert, obwohl selbst zwingendes Völkerrecht (Art. 53 WVRK) dagegen steht, bei ernsthaften Hinweisen auf ein tatsächliches Risiko der Verletzung des Folterverbotes festgenommene Personen zu überstellen. Nicht zu verantworten ist, dass die Bundesregierung keine Übersichten über Festnahmen und Überstellung von festgenommenen Personen an verbündete Streitkräfte oder nationale Behörden im Blick auf die Mitwirkung deutscher Streitkräfte an der OEF führt.

Frage 9: *Zwangsverheiratung* wie auch „einfache“ *Zwangsprostitution* nach § 180a StGB werden – anders als mit Menschenhandel verbundene Zwangsprostitution (§ 6 Nr. 4, § 232 StGB) – im Blick auf *Privatpersonen im Ausland* nicht deutscher Strafgewalt zugeordnet, Derartige durch *Amtsträger* oder *Soldaten im Ausland* während ihres dienstlichen Aufenthalts begangene Taten, unterfallende deutscher Strafgewalt (§ 5 Nr. 12 StGB und § 1a WStGB).

Themenkomplex II: Extraterritoriale Staatenpflichten und FRONTEx

Die internationale Rechtsprechung, aber auch bereits der Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 GFK (Verbot der Zurückweisung „auf irgendeine Weise“) sowie auch der Zweck der GFK gewährleisten einen wirksamen Schutz gegen zwangsweise Rückführung, der nicht ausschließlich auf das Territorium der Vertragsstaaten, sondern auf die Effektivität ihrer Herrschaftsgewalt bezogen ist. Dementsprechend gilt das Refoulementprinzip auch auf hoher

See. Insbesondere ist es den Staaten nicht erlaubt, sich durch Vorverlagerung ihrer Grenzkontrollen auf die hohe See aus ihren internationalen Verpflichtungen zu lösen, wenn sie dort Herrschaftsgewalt ausüben.⁶ Flüchtlinge dürfen deshalb auf hoher See nicht zurück gedrängt werden. Tendenzen im europäischen Grenzkontrollregime, Kontrollmaßnahmen zu *exterritorialisieren*, heben nicht die internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten auf. Eine territoriale Vorverlagerung von Grenzkontrollen beseitigt deshalb nicht die aus dem Refoulementverbot folgenden staatlichen Verpflichtungen. Der EGMR hat ausdrücklich die extraterritoriale Wirkung der EMRK an Bord von Schiffen des Flaggenstaates anerkannt.⁷ Entscheidend kann danach nicht der Ort sein, an dem sich der Betroffene und das Herrschaftsgewalt ausübende staatliche Organ befinden. Vielmehr gibt es außerhalb des Staatsgebietes des Herkunftslandes keinen Ort, an dem das Refoulementverbot nicht gilt, sei es innerhalb des eigenen Territoriums des um Schutz ersuchten Staates, an dessen Grenze, oder jenseits seiner Staatsgrenze.⁸

Daraus folgt darüber hinaus auch, dass Asylsuchenden ein *wirksamer Zugang zu einem Verfahren* zu gewähren ist. Zwar regelt die GFK selbst nicht unmittelbar ein Verfahren. Aus dem Refoulementschutz des Art. 33 Abs. 1 GFK folgt jedoch, dass die Vertragsstaaten ein Verfahren bereithalten müssen, um Refoulementgefahren nach Möglichkeit zu minimieren. Der EGMR hat wiederholt entschieden, dass Art. 13 EMRK die Verfügbarkeit einer Beschwerdemöglichkeit auf nationaler Ebene zur Durchsetzung der Konventionsrechte garantiert. Angesichts der „Unwiderruflichkeit des Leids, das sich im Falle der Verwirklichung der Gefahr von Folter und Misshandlung“ einstelle und dem „Gewicht, das Art. 3 EMRK beizumessen“ sei, müsse eine *„unabhängige und gründliche Prüfung des Vorbringens*, dass stichhaltige Gründe für die Furcht vor einem tatsächlichen Risiko“ einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung bestehen,⁹ sichergestellt werden. Ebenso sehen die Empfehlungen Nr. 8 (XXVIII) und Nr. 30 (XXXIV) des Exekutivkomitees von UNHCR eine wirksame Beschwerdemöglichkeit vor. Die Gemeinschaft hat mit der *Verfahrensrichtlinie* die Reichweite der entsprechenden internationalen Verpflichtungen anerkannt und sowohl den *Zugang zum Asylverfahren* (Art. 6 – 17 RL 2005/85/EG) wie auch eine wirksame Beschwerdemöglichkeit vor einer unabhängigen Instanz (Art. 39 RL 2005/85/EG) mit zwingender Wirkung für die Mitgliedstaaten geregelt.

FRONTEX stellt hinsichtlich der Zurechnung von völkerrechtlichen Verpflichtungen völlig neuartige Herausforderungen und hat ein bedrohliches Schutzvakuum für Menschen auf hoher See und an den Außengrenzen der Gemeinschaft geschaffen. Für die *Verantwortungszurechnung* werfen derartige Mischverwaltungsagenturen bislang nicht ansatzweise geklärte Fragen auf. Führen etwa Mitgliedstaaten mit Drittstaaten gemeinsame Küstenpatrouillen durch, die in die Küstengewässer der Drittstaaten vorverlegt werden, entsteht eine *gemeinschaftliche völkerrechtliche Verantwortlichkeit*, d.h. die Staaten sind gesamtschuldnerisch dafür verantwortlich und müssen durch wirksame organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass die von den jeweiligen Operation betroffenen Personen

⁶ Vgl. ICJ, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

⁷ EGMR, EGMR, EuGRZ 2002, 133 (139), § 73 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

⁸ *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl., 2007, S. 245.

⁹ EGMR, InfAuslR 2001, 57 = NVwZ-Beil. 2001, 97 – *Jabari*.

wirksam gegen Verletzungen des Refoulementverbotes geschützt werden und einen Zugang zum Verfahren erhalten. Die Verletzung solcher Schutzpflichten stellt eine Völkerrechtsverletzung dar, die nach Art. 16 der Kodifikation der Völkerrechtskommission auch die Beihilfe oder Unterstützungsleistung an der völkerrechtswidrigen Handlung eines dritten Staates umfasst. Beihilfehandlungen können darin bestehen, dass Infrastruktur, technische Hilfs- und finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden. Im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft bleiben die einzelnen Mitgliedstaaten für die Handlungen ihrer Organe im Rahmen von FRONTEX verantwortlich

Die größte Herausforderung für die Durchsetzung des Grenzkontrollregimes besteht nach Einschätzung von FRONTEX auf Hauptmigrationsrouten in die Gemeinschaft, das sind die Routen über die südlichen Seeaußengrenzen, über die östlichen Landaußengrenzen, über den Balkan und über wichtige Flughäfen. So wurden z.B. zwischen August und Oktober 2006 mit Unterstützung von FRONTEX 3887 Personen „nahe der afrikanischen Küste abgefangen und umgeleitet.“¹⁰ Geschätzte etwa 5.000 weitere Personen seien noch auf afrikanischem Boden daran gehindert worden, über das Meer zu setzen. Gestützt wird diese Praxis z.B. durch das Ratsprogramm von 2003, in dem die Umdrehung von Booten als eine Methode der Grenzkontrolle vorgeschlagen wird.¹¹ Die Bundesregierung betont, dass illegale Einwanderung in die Europäische Union auf dem Seeweg eine große Herausforderung für alle Mitgliedstaaten sei. Diese Situation erfordere eine *politische* Antwort der Europäischen Union, mit einem *umfassenden Lösungsansatz* in den Bereichen *Immigration, Asyl* und *Grenzschutz*.¹² Der bisherige Fokus der Union auf die *Bekämpfung der illegalen Einwanderung*, der ja bereits seit den 1980er Jahren die damaligen *Ad hoc* - Formen der Regierungszusammenarbeit dominierte, sowie die Erfahrungen mit der Praxis von FRONTEX und das Hineinwirken der gemeinsamen Grenzkontrollen in die Herkunftsländer hinein kann jedoch kaum als Stärkung des Asylrechts, sondern muss eher als vorrangig auf die Abwehr von Flüchtlingen und Migranten zielende Vorverlagerung des Grenzschutzes als integraler Bestandteil einer neuen europäischen Sicherheitsarchitektur verstanden werden.

Dr. Reinhard Marx
Frankfurt am Main,
16. Dezember 2008.

¹⁰ FRONTEX, Annual Report 2006, S. 12.

¹¹ EU, Doc. No. 15445/03, paras. 30, bullet point 4.31, zitiert in *Ruth Weinzierl/Urszula Lisson*, ebenda, S. 23.

¹² BT-Drs. 16/6254, S. 8.