

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

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.

11. Dezember 2008

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe
am 17. Dezember 2008
zum Thema
„Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und
Extraterritoriale Staatenpflichten“**

Diese Stellungnahme behandelt die Themenkomplexe I und II. Die Frage 8 im Komplex I ist Themenkomplex III zuzuordnen und wird deshalb hier nicht erörtert. Während zur Frage der extraterritorialen Staatenpflichten im Rahmen internationaler Friedensmissionen inzwischen ein intensiver Diskurs geführt wird, sind hingegen im Blick auf das Thema extraterritorialer Staatenpflichten und Frontex viele Fragen noch ungeklärt, was sicherlich seinen Grund auch darin hat, dass diese Agentur der Gemeinschaft eine relativ neue Erscheinung ist.

Themenkomplex I: Extraterritoriale Staatenpflichten und internationale Friedensmissionen

Frage 1: Wie hat sich die internationale Rechtsprechung über die extraterritoriale Anwendung von Menschenrechtsabkommen mit Bezug auf die bürgerlichen und politischen Rechte entwickelt?

Frage 3: In welchem Umfang gelten internationale Normen zum Schutze der Menschenrechte (z.B. EMRK, IPbpR) für das Handeln deutscher Staatsgewalt im Rahmen von internationalen Militär- oder Polizeieinsätzen?

Frage 1 und 3 hängen eng miteinander zusammen. Während Frage 1 der Entwicklungsgeschichte der bürgerlicher und politischer Menschenrechte nachspürt, zielt Frage 3 auf den aktuellen Entwicklungsstand dieses menschenrechtlichen Prozesses. Deshalb werden beide Fragen im Zusammenhang behandelt.

Traditionell beruhen die internationalen Beziehungen und damit auch das Völkerrecht auf den nationalen Territorialstaaten. Nur soweit sich die Einzelstaaten vertraglich binden oder durch gewohnheitsrechtliche und zwingende Regeln gebunden werden, müssen sie eine Einschränkung ihrer nationalen Handlungskompetenzen hinnehmen. Auch wenn die Allgemeine Menschenrechtserklärung „das von *allen Völkern und Nationen* zu erreichende *gemeinsame Ideal*“ verkündet (Praämbel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte), bedarf die verbindliche Durchsetzung der Menschenrechte des nationalen Territorialstaates, der grundsätzlich nur innerhalb seines Herrschaftsbereiches Hoheitsgewalt ausübt. Das universelle Pathos wird also in kleiner Münze materialisiert.

Durch vertragliche, gewohnheitsrechtliche und hinsichtlich z. B. des Folterverbots wie auch des Refoulementverbotes im Flüchtlingsvölkerrecht zwingende Regeln (Art. 53 WVRK) wird einzelstaatliches Handeln zwar durch *internationale* Verpflichtungen eingebunden, Geltung erlangen einzelstaatliche Maßnahmen jedoch grundsätzlich nur im Rahmen der Herrschaftsgewalt der einzelnen Nationalstaaten, also innerhalb des jeweiligen Staatsgebietes. Dementsprechend können auch bürgerliche und politische Menschenrechte grundsätzlich nur innerhalb des jeweiligen Staatsgebietes Wirkung entfalten. Durch internationale Abkommen und Verfahren, insbesondere gerichtliche und gerichtsähnliche internationale Verfahren kann auf einzelstaatliches Handeln zwar Einfluss genommen werden, sofern sich der jeweilige Staat derartigen Abkommen unterworfen hat. Aber auch insoweit gilt, dass die Durchsetzung internationaler Entscheidungen letztlich des nationalen Territorialstaates bedarf.

In den letzten Jahren kann freilich eine vorsichtige und behutsame Auflockerung des Territorialprinzips im Menschenrechtsschutz festgestellt werden. So interpretiert der Internationale Gerichtshof Art. 2 Abs. 1 IPbpR dahin, dass die Herrschaftsgewalt der Staaten zwar grundsätzlich territorialgebunden sei. Sie könne jedoch unter bestimmten Umständen auch außerhalb des nationalen Territoriums ausgeübt werden. Aus der Entstehungsgeschichte des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte ergebe sich, dass dessen

Verfasser nicht die Absicht verfolgt hätten, den Staaten zu erlauben, sich aus ihren internationalen Verpflichtungen zu lösen, wenn sie Herrschaftsgewalt außerhalb ihres Territoriums ausübten.¹

Das Überwachungsorgan des Internationalen Paktes über politische und bürgerliche Rechte (IPbpR), der Menschenrechtsausschuss, geht ebenfalls davon aus, dass dieser anwendbar ist, wenn Staaten ihre Herrschaftsgewalt auf fremdem Territorium ausüben. Die Vertragsstaaten seien aufgrund von Art. 2 Abs. 1 IPbpR verpflichtet, die Paktrechte zu beachten und sicherzustellen, dass alle Personen *innerhalb* ihres Territoriums und darüber hinaus alle Personen, die ihrer Herrschaftsgewalt unterworfen seien, diese Rechte in Anspruch nehmen können. Daraus folge, dass die Vertragsstaaten die Inanspruchnahme der Paktrechte durch alle Personen *innerhalb ihrer Gewalt* oder ihrer *wirksamen Kontrolle* sicherstellen müssten, auch wenn sie sich nicht innerhalb ihres Gebietes aufhielten. Die vertraglichen Verpflichtungen hätten Geltung für alle Personen innerhalb der Gewalt oder der wirksamen Kontrolle der Streitkräfte eines Vertragsstaates, auch wenn diese außerhalb des Staatsgebietes agierten, und zwar unabhängig davon, unter welchen Umständen eine derartige Gewalt oder wirksame Kontrolle erlangt worden sei, wie z. B. in den Fällen, in denen Streitkräfte im Rahmen eines nationalen Kontingentes einer internationalen Friedensmission eingesetzt würden.²

Auch nach der inter-amerikanischen Rechtsprechung kann die Verantwortlichkeit eines Vertragsstaates auch dann begründet werden, wenn sich eine Person in einem Staat aufhält und dort der *Kontrollgewalt* des Vertragsstaates durch *Handlungen seiner Organe* unterworfen ist. Im Grundsatz ist danach weder die Nationalität der betroffenen Person noch deren Anwesenheit innerhalb einer bestimmten Region des Vertragsstaates entscheidend, sondern allein die Frage, ob der Vertragsstaat unter den gegebenen Umständen die Rechte der Person beachtet, die seiner Autorität und Kontrollgewalt unterworfen sei.³

¹ Internationaler Gerichtshof, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

² Human Rights Committee, General Comment No. 31(80) „Nature of the General Obligation imposed on State Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Par. 10; so bereits HRC, *Saldías de Lopez v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 v. 29. Juli 1981, Abs. 12.3 und HRC, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, Abs. 10.3. s auch HCR, *Montero v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/18/D/106/1981.

³ Inter-American Commission of Human Rights, Nr. 109/99, Case 10.951, § 37 – *Coard et al. v. US*.

Während damit der Internationale Gerichtshof, der Menschenrechtsausschuss und die inter-amerikanische Rechtsprechung die Bindungswirkung der Menschenrechte nicht mit dem Territorium des Nationalstaates, sondern mit der wirksamen Herrschaftsgewalt verknüpft und deshalb die Menschenrechte auch Geltung erlangen, wenn der Staat *außerhalb* seines Staatsgebietes an Friedensmissionen teilnimmt und in diesem Rahmen wirksame Kontrolle über Einzelpersonen ausübt, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in dieser Frage wesentlich zurückhaltender. Danach ist im Grundsatz jeder Vertragsstaat der EMRK entsprechend dem international anerkannten Konzept der Regierungsverantwortlichkeit nur für unrechtmäßige Akte seiner Behörden in den einzelnen Regionen des Staatsgebietes verantwortlich und hat er sicherzustellen, dass die Verwaltung die Konventionsrechte sicherstellt.⁴ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes enthält Art. 3 EMRK aber einen der fundamentalsten Werte demokratischer Gesellschaften und verpflichtet deshalb die Vertragsstaaten in Verbindung mit Art. 1 EMRK, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass *ihrer Obhut unterliegende Personen* nicht Folterungen oder unmenschlichen oder erniedrigenden Maßnahmen ausgesetzt werden, einschließlich Misshandlungen durch private Personen.⁵

Der der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der früheren Kommission zugrunde liegende Grundgedanke ist, dass maßgebend für die Staatenverantwortlichkeit die Ausübung *effektiver Kontrolle* ist. Wird diese über eine Person ausgeübt, kommt es nicht darauf an, ob dies innerhalb oder außerhalb des Hoheitsgebiets erfolgt.⁶ Diesen Ansatz präziserte der Gerichtshof später dahin, dass auch dann die Staatenverantwortlichkeit begründet werde, wenn über die konkrete Kontrolle über eine bestimmte Person hinaus ein Staat außerhalb des eigenen Staatsgebietes effektive Kontrolle im Sinne einer generellen Kontrolle über ein Gebiet ausübe.⁷ Die Staatenverantwortlichkeit kann deshalb nach der Rechtsprechung des

⁴ EGMR, RJD 2001-II, § 67 = InfAuslR 2001, 417 – *Hilal*.

⁵ EGMR, Entscheidung v. 10. 10. 2002 – Nr. 38719/97, § 109 – *D.P. and J.C. v. UK*; EGMR, Reports 1998-VI, § 22 – *A. v. UK*; EGMR, Entscheidung v. 10. 5. 2001, § 73 – *Z. et al v. UK*.

⁶ EKMR, DR 2, S. 125 (136 f.) (1975)- *Cyprus v. Turkey*; EKMR, DR 13, 85 (148 f.) (1978) - *Cyprus v. Turkey*; EKMR, DR 2 (1975) - *Hess v. UK*; EKMR, Yb 32 (1989), 74 (79 f.) - *Vearncombe u.a. v. UK and Germany*; EKMR DR 9, 57 (71 f.) - *X. and Y. v. Switzerland*; EKMR, DR 32, 211 (214 f.) - *W. v. UK*. EGMR; Urt. v. 19.3.1991, No. 11755/85, Rdn 166; EGMR, Urt. v. 26. Juni 1992, No. 12747/87, Rdn. 91 - *Stocké v. Germany*.

⁷ Series A 310, § 62 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

Gerichtshofes auch durch *militärische* Aktionen *außerhalb* des eigenen Staatsgebietes begründet werden, unabhängig davon, ob sie – aus völkerrechtlicher Sicht - rechtmäßig oder unrechtmäßig sind, sofern der Staat dort wirksame Kontrolle ausübt.⁸

Die Verpflichtung, die Konventionsrechte auch in derartigen Gebieten sicherzustellen, folgt aus der Tatsache, dass der Vertragsstaat in diesem Gebiet unmittelbar durch seine militärischen Einheiten oder durch untergeordnete lokale Verwaltungsbehörden Kontrollgewalt ausübt.⁹ Ist aufgrund des Umfangs der eingesetzten militärischen Personals offensichtlich, dass das Militär in dem besetzten Gebiet Kontrolle ausübt, erachtet der Gerichtshof es nicht für erforderlich, festzustellen, ob der Vertragsstaat tatsächlich und konkret wirksame Kontrolle über die Aktionen und Strategien seiner Behörden ausüben kann.¹⁰ Hat der Vertragsstaat wirksame Kontrolle über ein besetztes Gebiet, kann seine Verantwortlichkeit nicht auf die Handlungen seiner Soldaten begrenzt werden. Vielmehr wird sie durch die Einrichtung einer lokalen Verwaltung insgesamt für das Gebiet vermittelt und verpflichtet den Vertragsstaat sicherzustellen, dass die gesamte Bandbreite der Konventionsrechte in diesem Gebiet gewährleistet wird.¹¹

Diese klaren Rechtsgrundlagen hat der Gerichtshof allerdings in *Bankovic* verwässert. In diesem Verfahren hatte er über Beschwerden jugoslawischer Beschwerdeführer gegen Bombenangriffe der Nato auf Rundfunk- und Fernsehanstalten in Belgrad zu entscheiden, bei denen 16 Personen getötet und weitere 16 Personen schwerwiegend verletzt wurden. Die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs „ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen“ in Art. 1 EMRK habe entsprechend der völkerrechtlichen Tradition eine territoriale Bedeutung. Die rechtlich relevante Kompetenz der Staaten, ihre Hoheitsgewalt über ihre eigenen Staatsangehörigen im Ausland auszuüben, sei deshalb der Kompetenz des Aufenthaltsstaates untergeordnet. Obwohl seit Ratifizierung der Konvention eine Reihe von militärischen Einsätzen im Ausland durchgeführt worden seien, habe bislang kein Vertragsstaat der Konvention eine Verpflichtung empfunden, eine extraterritoriale Verantwortlichkeit für

⁸ EGMR, Entscheidung v. 16. November 2004 – Nr. 31821/96 – *Issa et al. v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 8 Juli 2004 - No. 48787/99, Rdn. 312 ff. – *Ilascu and others v. Moldova and Russia*.

⁹ EGMR, Series A 310, § 52 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

¹⁰ EGMR, Series A 310, § 56 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

vergleichbare Kriegshandlungen anzuerkennen. Der Gerichtshof habe nur in außergewöhnlichen Umständen anerkannt, dass extraterritoriale Auswirkungen von Einzelakten der Vertragsstaaten relevant nach Art. 1 EMRK sein könnten. Dies betreffe insbesondere Refoulementfälle und militärische Besetzungen.

Zusammenfassend stellte der Gerichtshof deshalb fest, dass nach seiner Rechtsprechung die Ausübung einer extraterritorialen Hoheitsgewalt nur in außergewöhnlichen Situationen anerkannt werde. Dies sei der Fall, wenn der Vertragsstaat in Konsequenz einer militärischen Besetzung wirksame Kontrolle über das relevante Gebiet außerhalb des eigenen Staatsgebietes und seine Bewohner ausübe 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 habe.¹² Klarstellend hat der Gerichtshofes später in Auseinandersetzung mit *Bankovic* festgestellt, dass ein Vertragsstaat auch für die Verletzung der Rechte und Freiheiten von Personen als verantwortlich angesehen werden könne, wenn diese sich im Gebiet eines anderen Staat befänden, dort jedoch der Kontrolle des Vertragsstaates mittels seiner dort – rechtmäßig oder unrechtmäßig – agierenden Organe ausgesetzt seien. Es ging in diesem Fall um Operationen türkischer Sicherheitskräfte in Nordirak. Die Verantwortlichkeit in derartigen Situationen folge aus der Tatsache, dass Art. 1 EMRK nicht dahin interpretiert werden könne, dass es einem Vertragsstaat erlaubt werde, Konventionsverletzungen, die er im eigenen Hoheitsgebiet nicht ausüben könne, auf dem Gebiet eines anderen Staates durchzuführen.¹³

Damit nähert sich der Gerichtshof der inter-amerikanischen Rechtsprechung an. Zwar bleibt in seiner Rechtsprechung offen, wie dicht und intensiv die Kontrollgewalt des Vertragsstaates im anderen Staat sein muss. In *Issa* wie auch in *Ilascu* hat der Gerichtshof jedoch wieder die Grundsätze aus *Loizidou* heran gezogen und für die Begründung der Staatenverantwortlichkeit eine „wirksame Kontrolle“ („*overall control*“) ausreichen lassen. Im Grundsatz knüpfen europäische wie inter-amerikanische Rechtsprechung damit jedoch

¹¹ EGMR, RJD 2001-IV, § 77 – *Cyprus v. Turkey*

¹² EGMR, EuGRZ 2002, 133 (141), § 71 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

¹³ EGMR, Entscheidung v. 16. November 2004 – Nr. 31821/96 – *Issa et al. v. Turkey*; s. hierzu auch *Reinhard Marx*, „Globaler Krieg gegen Terrorismus“ und territorial gebrochene Menschenrechte, in: *Kritische Justiz* 2006, 151 (167 ff.).

konzeptionell an die *Herrschaftsgewalt* und nicht ausschließlich an die *Gebietsgewalt* des Vertragsstaates an.

Frage 2: In welchem Umfang gelten Art. 1 GG und weitere Grundrechtsnormen für deutsches Staatshandeln im Ausland angesichts des Fehlens eines territorialen Vorbehalts im Grundgesetz, wie wurde dies bislang geregelt und welche Erfahrungen wurden gemacht?

In der AWACS-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht Art. 24 Abs. 2 GG als Rechtsgrundlage für die Beteiligung des Bundes, sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzuordnen, identifiziert. Im vierten Leitsatz dieser Entscheidung hat das Gericht dabei aber zugleich auch hervorgehoben, dass damit zwar eine Einwilligung der Bundesrepublik in eine „Beschränkung“ ihrer Hoheitsrechte verbunden sei, weil sie sich damit „an Entscheidungen einer internationalen Organisation *bindet*, ohne dieser damit schon im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsrechte zu übertragen.“¹⁴ Dies hat aus verfassungsrechtlicher Sicht 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 Bundesrepublik bleibt damit auch bei der Beteiligung an derartigen Einsätzen für das Handeln ihrer Streitkräfte verantwortlich. Darüber hinaus bleiben diese auch angesichts des Fehlens eines territorialen Vorbehalts in der Verfassung beim Einsatz *außerhalb* des Hoheitsgebietes der Bundesrepublik an die Grundrechte der Verfassung gebunden.

Die nationalen Kontingente der Bundeswehr üben damit auch im Rahmen von Friedensmissionen *deutsche Hoheitsgewalt* aus, die lediglich durch die auf dem System der kollektiven Sicherheit beruhenden militärischen Kommandobefugnisse beschränkt ist. Unabhängig von den in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte maßgebenden Fragen nach der Dichte und Intensität der Kontrollgewalt des Staates außerhalb seines Staatsgebietes, gilt nach der deutschen Verfassung, dass jeder Grundrechtseingriff durch deutsche Soldaten im Rahmen derartiger Missionen jedenfalls auch Ausübung deutscher Hoheitsgewalt und damit nur unter den in der Verfassung zugelassenen

¹⁴ BVerfGE 90, 286 – AWACS.

Voraussetzungen zulässig ist. Hinsichtlich *Reichweite* und *Umfang* der *Grundrechtsgeltung* hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Grundgesetz sich nicht damit begnüge, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft bestimme.¹⁵ Insofern gehe es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus. Einerseits sei der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen zu berücksichtigen.¹⁶ Andererseits müsse das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden, Dieses schließe freilich eine Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezug nicht prinzipiell aus. Ihre Reichweite sei vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Dabei könnten je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein.¹⁷ Grundsätzlich sei der Gesetzgeber dabei verpflichtet, den Grundrechten „die unter den obwaltenden und von ihm nicht beeinflussbaren Bedingungen die größtmögliche Anwendung zu sichern.“¹⁸ Dabei kann der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes entnommen werden, dass dieses die Frage der Anwendbarkeit von Grundrechten im Ausland in jedem Einzelfall mittels Auslegung bestimmt.¹⁹

Zu den bisherigen Regelungen und praktischen Problem in diesem Zusammenhang wird auf die nachfolgenden Ausführungen zu Fragen 4 und 5 verwiesen, weil diese dort anschaulicher im Gesamtkontext dargestellt werden können.

Frage 4: Unter welchen Voraussetzungen kann grund- und menschenrechtsrelevantes Verhalten bei internationaler Kooperation im Rahmen von Militär- oder Polizeieinsätzen deutscher Staatsgewalt zugerechnet werden und wie kann in Fällen internationaler Kooperation die Einhaltung rechtlicher Normen sichergestellt und überprüft werden?

Frage 5: Durch welche international vereinbarten Maßnahmen kann sichergestellt werden, dass im Einsatzgebiet hohe grund- und menschenrechtliche Standards eingehalten werden? Wie sind die bisherigen Vorkehrungen zu bewerten?

¹⁵ BVerfGE 100, 313 (362 f.), zum G 10-Gesetz.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 66, 39 (57 ff.); 92, 26 (47).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 31, 58 (72ff.); 92, 26 (41f.).

¹⁸ BVerfGE 92, 26 (42).

¹⁹ BVerfGE 31, 58 (77); 92, 26 (41 f., 52 f.).

Während der erste Teil der Frage 4 auf die Zurechnung grund- und menschenrechtsrelevanten Verhaltens zielt, geht der zweite Teil der Frage 4 sowie Frage 5 auf dasselbe Ziel, nämlich auf die Verbesserung internationaler Zusammenarbeit zur Verbesserung menschenrechtlicher Standards. Dies legt es nahe, beide Fragen im Zusammenhang zu behandeln.

1. Fragen der Zurechnung einzelstaatlichen Handelns

Geht man von der nicht territorial gebundenen Hoheitsgewalt der nationalen Kontingente im Rahmen internationaler Friedensmissionen aus, so gelten für die Zurechnung menschenrechtsrelevanten Verhaltens die völkerrechtlich maßgebenden Kriterien der Zurechnungslehre. Danach wird jede Handlung eines Staatsorgans völkerrechtlich als ein Akt des Staates angesehen, vorausgesetzt, im konkreten Fall handelt das Organ in dieser Eigenschaft.²⁰ In ihrem Kommentar weist die Völkerrechtskommission darauf hin, dass in Übereinstimmung mit der Staatenpraxis und der internationalen Rechtsprechung Handlungen und Unterlassungen von Staatsorganen, unabhängig davon, ob sie im Einklang mit den entsprechenden innerstaatlichen Gesetzesvorschriften und Dienstanweisungen stehen, völkerrechtlich als Handlungen des zuständigen Staates angesehen werden (Art. 4 ILC-Entwurf zur Staatenverantwortlichkeit).²¹ Danach besteht eine gewohnheitsrechtliche Regel, wonach das Handeln eines Staatsorganes dem Staat auch dann zugerechnet wird, wenn dieses seine innerstaatlich geregelten Befugnisse überschreitet.²²

Der Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte ist ebenfalls der Ansicht, ein Staat sei völkerrechtlich »für die Handlungen seiner Vertreter verantwortlich, die diese in ihrer offiziellen Stellung vornehmen, ebenso für die Unterlassungen, auch wenn diese Vertreter außerhalb ihrer Kompetenzen handeln oder gegen innerstaatliches Recht verstoßen«²³.

²⁰Yearbook of the International Law Commission 1975, Vol. II, S. 55; Art. 4 ILC-Entwurf gemäß Resolution der Generalversammlung Nr. 56/83 v. 28. Januar 2002, UN Doc. A/Res/56/83.

²¹Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, S. 31 (40); s. auch Yearbook of the International Law Commission 1975, Vol. II, S. 61.

²²Theodor Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford 1989, S. 157; s. auch Knut Ipsen, in: Völkerrecht, Knut Ipsen (Hrsg.), 5. Aufl., 2004, § 40 Rdn. 5 mit Nachweisen zur gefestigten Staatenpraxis.

²³Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, U. v. 29. 7. 1988, EuGRZ 1989, 157 (171).

Ausdrücklich weist der Gerichtshof darauf hin, dass der vertraglich garantierte Menschenrechtsschutz leer liefe, »wenn Akte der öffentlichen Gewalt, die die Autorität des Staates überschreiten oder nach dessen eigenen Gesetzen illegal sind«, nicht als Vertragsverletzung²⁴ angesehen würden. Danach sei grundsätzlich jede Konventionsverletzung, »die durch einen Akt der öffentlichen Gewalt oder durch Personen begangen wird, die ihre Autoritätsstellung benutzen, dem Staat zuzurechnen«. Der Staat als Rechtspersönlichkeit muss seine Handlungen durch natürliche Personen ausführen. Demzufolge können auch nur individuelle Handlungen oder Unterlassungen ein staatliches Handeln begründen.²⁵

Vor diesem Hintergrund gewinnen die Feststellungen des Gerichtshofes besondere Bedeutung, wonach staatliches Handeln nicht auf Regeln gegründet werden kann, die in der Bestimmung der individuellen Verantwortlichkeit psychologische Faktoren berücksichtigen. Vielmehr kommt es weder auf die Absichten und Motive des handelnden Vertreters des Staates an noch kann die staatliche Verantwortlichkeit damit negiert werden, dass die Identität des individuellen Vertreters unbekannt ist.²⁶ Entscheidend ist, ob eine Konventionsverletzung »mit Unterstützung oder stillschweigender Zustimmung der Regierung stattgefunden hat, oder ob der Staat die Handlung zugelassen hat, ohne Maßnahmen zu ergreifen, um sie zu verhindern oder um die Verantwortlichen zu bestrafen.«

Der Staat »hat die rechtliche Pflicht vernünftige Schritte zu unternehmen, um Menschenrechtsverletzungen zu verhindern sowie die ihm zur Verfügung stehenden Mittel zu nutzen, um eine ernsthafte Untersuchung von Verletzungen durchzuführen, die in seinem Herrschaftsbereich begangen worden sind, um die Verantwortlichen zu identifizieren, angemessene Strafen zu verhängen und dem Opfer angemessene Entschädigung zu sichern«.²⁷ Diese Pflicht umfasst »alle Mittel rechtlicher, politischer, administrativer und kultureller Natur, die die Wahrung der Menschenrechte fördern und sicherstellen, dass alle Verletzungen als illegale Akte angesehen und behandelt werden, was zur Bestrafung der Verantwortlichen

²⁴Prüfungsgegenstand ist die Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22. November 1969.

²⁵*Theodor Meron*, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford 1989, S. 155.

²⁶Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, a. a. O., S. 172.

²⁷Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, a. a. O.; bekräftigt durch Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Bericht v. 2. 10. 1992, HRLJ 1992, 336 (339); Bericht v. 2. 10. 1992, HRLJ 1992, 340 (344).

und zur Verpflichtung, die Opfer für ihren Schaden zu entschädigen, führen kann«.²⁸ »Der Staat ist verpflichtet, jede Situation zu untersuchen, die die Verletzung der durch die Konvention geschützten Rechte betrifft. Wenn der Staatsapparat so handelt, dass die Verletzung ungestraft bleibt und der volle Genuss jener Rechte des Opfers nicht so bald als möglich wieder hergestellt wird, dann hat der Staat seine Pflicht verletzt, allen seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die freie und volle Ausübung jener Rechte zu garantieren«²⁹

Der Interamerikanische Gerichtshof bringt damit ein allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck, das nicht nur für die Vertragsstaaten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, sondern für alle Staaten gilt. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die Völkerrechtskommission eine im Wesentlichen identische Rechtsauffassung vertritt.

2. *Folgerungen aus der Zurechnungslehre für die nationalen Kontingente im Rahmen internationaler Friedensmissionen*

a) *Vorbemerkung*

Im Grundsatz hat damit 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 internationalen Menschenrechtsabkommen garantierten Rechte unbeteiligter Zivilpersonen achten und wirksame Schutzvorkehrungen gegen eine Verletzung dieser Rechte treffen.

Demgegenüber vertritt das Bundesverteidigungsministerium die Auffassung, dass die Bundeswehr im Rahmen internationaler Friedensmissionen ausschließlich Hoheitsgewalt der Vereinten Nationen ausübe und bereits deshalb für deren Handeln die Bindungen der Grundrechte nicht gelten. Dies hat insbesondere Auswirkungen auf die Frage, ob überhaupt

²⁸Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1989, 157 (172).

²⁹Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1989, 157 (172); bekräftigt durch Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Bericht v. 2. 10. 1992, HRLJ 1992, 336 (339); Bericht v. 2. 10. 1992, HRLJ 1992, 340 (344).

und unter welchen Voraussetzungen festgenommenen Personen ein Recht auf richterliche Überprüfung ihrer Freiheitsentziehung (*habeas-corpus*) zusteht. In diesem Zusammenhang hat die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme an den Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen festgestellt, dass Deutschland gemäß Art. 2 Abs. 1 IPbpR zwar allen in seinem Gebiet befindlichen *und* seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die Paktrechte gewähre. Davon *unberührt* blieben jedoch die internationalen Aufgaben und Verpflichtungen Deutschlands, insbesondere zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Charta der Vereinten Nationen.³⁰ Mit anderen Worten behauptet die Bundesregierung, im Rahmen internationaler Friedensmissionen würden die nationalen Kontingente in eine übergreifende Mission mit eigenständigen Leitungs- und Kommandostrukturen und insbesondere eigenständigen rechtlichen Verantwortlichkeiten eingebunden. Soweit seien die nationalen Kontingente nicht an Völker- und nationales Verfassungsrecht gebunden. Diese Behauptung bedarf einer verfassungsrechtlichen wie auch einer völkerrechtlichen Bewertung:

b) *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit nationaler Kontingente*

Aus verfassungsrechtlicher Sicht hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die „*Eingliederung von Streitkräften* in integrierte Verbände“ des Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit oder „eine Beteiligung von Soldaten an militärischen Aktionen des Systems unter dessen militärischem Kommando“ verfassungsrechtlich durch Art. 24 Abs. 2 GG legitimiert sei.³¹ Bei den von den Vereinten Nationen durchgeführten Friedensmissionen werde regelmäßig zwischen den Regierungen der Entsendestaaten und den Vereinten Nationen ein Verfahren zur Aufstellung der Friedenstruppen abgesprochen, bei dem die den Vereinten Nationen zur Verfügung gestellten nationalen Kontingente in die Organisation der Vereinten Nationen *integriert* und zum Zwecke der gemeinsamen Führung einer *begrenzten* Befehlsgewalt eines Kommandeurs der Vereinten Nationen unterstellt würden.³² Die von den

³⁰ Stellungnahme der Bundesregierung vom 30. März 2004 an den Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen; bekräftigt durch die Bundesregierung, in: BT-Drs. 16/6282, S. 9.

³¹ BVerfGE 90, 286 (351) – *AWACS*.

³² BVerfGE 90, 286 (352 f.) – *AWACS*.

Vereinten Nationen oder der Nato³³ eingerichtete Befehlsgewalt ist danach eine durch die Kommandogewalt der nationalen Kontingente begrenzte.

Dies ist die Folgerung daraus, dass das Bundesverfassungsgericht derartige Einsätze nicht Art. 24 Abs. 1 GG zuordnet, sondern Art. 24 Abs. 2 GG. Zwar hatte das Gericht früher die NATO als eine zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG angesehen.³⁴ Daran hat es später aber nicht mehr festgehalten. Vielmehr knüpft es in seiner Entscheidung zur *Neuen Strategischen Konzeption der NATO* ausdrücklich an die *AWACS*-Entscheidung an und behandelt Einsätze der Bundeswehr im Rahmen der NATO nach Art. 24 Abs. 2 GG,³⁵ der dem Bund nicht das Recht einräumt, Hoheitsrechte vollständig auf zwischenstaatliche Einrichtungen wie etwa auf die Europäische Union nach Art. 24 Abs. 1 GG zu übertragen. Vielmehr beruht die Mitwirkung der Bundesrepublik an einem „System gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ auf Art. 24 Abs. 2 GG, der lediglich eine Beschränkung nicht aber eine vollständige Übertragung der Hoheitsrechte zulässt. Die Bundeswehr unterliegt damit im Rahmen von internationalen Friedenseinsätzen zwar der begrenzten Kommandogewalt der jeweiligen internationalen Friedensmission, übt jedoch bei der Ausführung von internationalen Befehlen deutsche Hoheitsgewalt aus und ist infolgedessen in diesem Zusammenhang im vollen Umfang an die deutschen Grundrechte gebunden.

In diesem Sinne haben die unterschiedlichen Bundesregierungen seit 1993 gehandelt. So wird im Beschluss der Bundesregierung vom 21. April 1993 zur Beteiligung der Bundeswehr an *UNOSOM II* in Somalia ausgeführt, dass der Kommandeur von *UNOSOM II* „wie üblich“ „operational control“ erhalte. Die Befehls- und Kommandogewalt verbleibe beim Bundesminister der Verteidigung.³⁶ Auch aus der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage vom 29. August 2007 geht hervor, dass die Bundesregierung für die Ausführung internationaler Friedensmissionen durch eine Vielzahl von Einzelanweisungen

³³ S. hierzu BVerfGE 104, 151 (206 ff.) – *Neue strategische Konzeption der NATO*; BVerfG, Urt. v. 3. Juli 2007 – 2 BVE 2/07 – *ISAF*.

³⁴ BVerfGE 68, 1 (93) – *NATO-Doppelbeschluss*.

³⁵ S. hierzu BVerfGE 104, 151 (206 ff.); s. bereits Ls 1; bekräftigt BVerfG, Urt. v. 3. Juli 2007 – 2 BVE 2/07 – *ISAF*.

³⁶ Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung, Regierungsbulletin Nr. 32/193 v. 23. April 1993, S. 280 ff; zitiert nach *Klaus Stoltenberg*, ZRP 2008, 111 (113).

die völkerrechtliche Verantwortung übernimmt.³⁷ Dem entspricht auch die Praxis der *nationalen Befehlskette*. Danach erhalten die Soldaten der deutschen Kontingente keine direkten Befehle durch nichtdeutsche Offiziere. Vielmehr unterstehen sie einem deutschen Kommandeur, der die an das deutsche Kontingent gerichteten Befehle prüft und als deutsche Befehle an die Soldaten weitergibt oder auch nicht. Das könnte z.B. der Fall sein, wenn die Befehle mit den *Rules of Engagement* nicht übereinstimmen, weil sie gegen einen dort niedergelegten deutschen Vorbehalt verstoßen.

Damit unvereinbar ist die in der Antwort der Bundesregierung zugleich vertretene Auffassung, dass die Reichweite der Bindungswirkung der Grund- und Menschenrechte durch die Übernahme internationaler Aufgaben und Verpflichtungen begrenzt wird. Vielmehr überträgt die Bundesrepublik keine Hoheitsrechte an internationale Organisationen, sondern willigt nur in deren Beschränkung ein.³⁸ Die mit der Übertragung einer „begrenzten Befehlsgewalt“ an den Kommandeur des internationalen Friedeneinsatzes³⁹ verbundene Einschränkung der Hoheitsrechte befreit die Bundesregierung danach nicht von ihrer verfassungsrechtlichen Verantwortung für die Ausführung von Anweisungen im Rahmen der begrenzten Befehlsgewalt. Vielmehr bleibt sie hierfür im vollen Umfang verantwortlich, sodass auch die Geltungskraft der Grund- und Menschenrechte im Rahmen der Ausführung von militärischen Einsätzen uneingeschränkt zu beachten ist.

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 ihrer *wirksamen Kontrolle* sicherzustellen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte spricht nicht gegen diesen Grundsatz. Zwar hat der Gerichtshof festgestellt, dass im Rahmen von *KFOR* der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die letztendliche Kontrollgewalt ausübe, sodass die operative Kommandogewalt nur delegiert werde. Den

³⁷ BT-Drs. 16/6282, S. 6 ff.

³⁸ BVerfGE 90, 286 Ls. 4

³⁹ BVerfGE 90, 286 (353).

nationalen Kontingenten verblieben zwar gewisse Hoheitsrechte und Verpflichtungen. *KFOR* übe jedoch rechtmäßig delegierte Hoheitsgewalt des Sicherheitsrates aus.⁴⁰

Diese Position des Gerichtshofes wurde in dem Verfahren *Saramati* zuvor auch von der Bundesregierung vertreten. Sie beruht jedoch auf einer unzutreffenden Beschreibung der Praxis internationaler Friedensmissionen seit 1956. Wie das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat, wird hierbei regelmäßig zwischen den Regierungen der Entsendestaaten und den Vereinten Nationen ein Verfahren zur Aufstellung der Friedenstruppen unter der *begrenzten* Befehlsgewalt eines Kommandeurs der Vereinten Nationen abgesprochen.⁴¹ Die von den Vereinten Nationen oder der Nato⁴² eingerichtete Befehlsgewalt ist also eine durch die Kommandogewalt der nationalen Kontingente begrenzte. Ein Weisungsrecht gegenüber den nationalen Kontingenten besteht nicht. Die effektive, tatsächliche Kontrolle liegt bei den Entsendestaaten. Denn 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. Die Entscheidung des Gerichtshofes überzeugt auch deshalb nicht, weil bislang kein Abkommen auf der Grundlage von Art. 43 der UN-Charta abgeschlossen wurde. Dies wäre eine unabdingbare rechtliche Voraussetzung, um überhaupt eine Kommandogewalt der Vereinten Nationen, wie sie dem Gerichtshof vorschwebt, unterstellen zu können.

Sowohl aus verfassungs- wie auch aus völkerrechtlicher Sicht folgt daraus, dass die nationalen Kontingente in den organschaftlichen Verband des Entsendestaates eingegliedert bleiben. Die organschaftliche Stellung für den Entsendestaat bleibt also aktiv. Darüber hinaus wird aus völkerrechtlicher Sicht wohl zwischen den beiden unterschiedlichen Formen der Mandatierung durch den Sicherheitsrat zu unterscheiden sein, nämlich einmal der bloßen Ermächtigung zur Errichtung einer Mission („*Autorisierung*“), wie z.B. im Fall von *KFOR*, und der Errichtung einer Mission durch die Vereinten Nationen selbst. Im ersteren Fall handelt es sich nicht um Truppen der Vereinten Nationen, sodass keine Eingliederung in den

⁴⁰ EGMR, Decision of 2. Mai 2007 – No. 71412/01, Rdn. 133 – *Saramati* (abgedr. in: EuGRZ 2007, 520).

⁴¹ BVerfGE 90, 286 (352 f.) – *AWACS*.

UN-Verband als *subsidiary organ* (Organleihe im Sinne von Art. 5 ILC-Entwurf) erfolgt und damit auch aus völkerrechtlicher Sicht kein Weisungsrecht besteht. Es wurden aber vereinzelt auch Einsätze durchgeführt, im Rahmen deren Truppen als Organe der Vereinten Nationen entsandt wurden, wie z.B. *UNEF* in Ägypten 1956. Sicherlich haben die Vereinten Nationen wohl bei keiner anderen Mission Verantwortung beim Aufbau ziviler Strukturen wie im Falle des *Kosovo* übernommen. Gleichwohl werden die mitwirkenden nationalen Kontingente im Rahmen von Art. 48 Abs. 2 UN-Charta tätig, haben also nicht ihre Hoheitsrechte auf die Vereinten Nationen übertragen. Der Sonderfall Kosovo hat sich so nicht wiederholt. Bleibt es aber selbst im Beispielsfall Kosovo bei der nationalen Verantwortlichkeit der mitwirkenden nationalen Verbände, gilt dies erst recht bei den anderen Friedensmissionen, die vom Sicherheitsrat autorisiert wurden, wie etwa *ISAF*. Hier wie in anderen Fällen führen die nationalen Kontingente das vom Sicherheitsrat beschlossene Mandat aus. Aus der deutschen Perspektive kommt es freilich aus den erwähnten Gründen auf eine Klärung der Streitfrage nicht an.

c) *Gewährleistung eines vollwertigen konventionsrechtlichen Schutzes*

aa) *„Solange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Europäischen Gerichtshofes*

Darüber hinaus müsste die Bundesrepublik Vorsorge dafür treffen, dass bei einem Vorgehen nach Art. 43 UN-Charta der Grundrechtsstandard erhalten bleibt. Denn bekanntlich sind die Vereinten Nationen als solche nicht Mitglied von Menschenrechtsabkommen und damit auch nicht an diese gebunden. Würde die Bundeswehr als Folge einer Unterordnung unter das Kommando des Sicherheitsrates von ihren Bindungen an die Grundrechte befreit, wäre sie nur unzulänglich an menschenrechtliche Schutznormen gebunden. Der Europäische Gerichtshof erster Instanz hat entschieden, dass die Grenze für den Grundsatz der Bindungswirkung der Resolutionen des Sicherheitsrates die *zwingenden fundamentalen Bestimmungen* des *ius cogens* (Art. 53 WVRK) sind.⁴³ Wenn danach die nationalen Kontingente im Rahmen

⁴² S. hierzu BVerfGE 104, 151 (206 ff.) – *Neue strategische Konzeption der NATO*; BVerfG, Urt. v. 3. Juli 2007 – 2 BVE 2/07 – *ISAF*.

⁴³ EuGH, Urt. v. 21. Sept. 2005 – Rechtssache T-315/01, Rdn. 231 – *Kadi*; EuGH, Urt. v. 21. Sept. 2005 – Rechtssache T-306/01, Rdn. 277 – *Yusuf*

internationaler Friedensmissionen ihre Hoheitsrechte vollständig auf den Sicherheitsrat übertragen würden, würden sie damit zugleich auch von ihren nationalen und internationalen Grund- und Menschenrechtsbindungen befreit und könnten sich nur bei Überschreitung der Regeln des *ius cogens*, also eines äußerst begrenzten Kreises rechtlich zwingender Normen, nicht mehr auf die Bindungswirkung der Mandates der Vereinten Nationen berufen.

Einer Loslösung der Bundesrepublik Deutschland aus grund- und menschenrechtlichen Bindungen bei Übertragung der Hoheitsrechte auf den Sicherheitsrat steht jedoch die „*Solange*“ - Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes entgegen. Solange danach eine internationale Organisation 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ Solange jedoch ein vergleichbarer Grundrechtsschutz im Rahmen der Rechtsordnung der betroffenen internationalen Organisation sichergestellt sei, sei von einer widerlegbaren Rechtmäßigkeitsvermutung auszugehen. Für diesen Fall nimmt der Gerichtshof eine Selbstbeschränkung seiner Jurisdiktionsgewalt vor. Eine Überprüfung anhand der Konvention wird danach nur noch dann vorgenommen, wenn kein gleichwertiger Menschenrechtsschutz gewährleistet ist. Bezugspunkt des gleichwertigen Schutzes sind dabei sowohl materielle wie auch Verfahrensregeln.⁴⁶

In *Saramati* hat der Gerichtshof demgegenüber eine vollständige Beschränkung seiner Jurisdiktionsgewalt angenommen. Den Beschwerdeführern, die einen nicht gleichwertigen

⁴⁴ BVerfGE 73, 339 (387).

⁴⁵ 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*.

⁴⁶ EGMR, NJW 2006, 197 = EuGRZ 2007, 662, Rdn. 153 – 155 – *Bosphorus* (zum Verhältnis zur EG), mit Verweis auf EKMR, DR 64, 145 (1990) - *M. & Co. V. Federal Republic of Germany*; s. hierzu auch *Klaus Stoltenberg*, Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland?, in: ZRP 2008, 111 (112).

grundrechtlichen Schutz durch *KFOR* gerügt hatten, hält der Gerichtshof entgegen, dass *UNMIK* und *KFOR* nach Kapitel VII UN-Charta eingesetzte Nebenorgane der Vereinten Nationen und ihr Handeln daher „unmittelbar den Vereinten Nationen zuzurechnen“ und deshalb der Gerichtshof gar nicht zuständig sei.⁴⁷

Nicht zureichend geklärt sind bislang die Folgerungen, die sich aus dem vollwertigen Grundrechtsschutz bei internationalen Friedenseinsätzen ergeben. Dies betrifft einerseits die Frage der Festnahme durch Soldaten und das dabei zu beachtende Verfahren wie auch die Überstellung der Festgenommenen an andere nationale Kontingente oder die nationalen Behörden im Mandatsgebiet.

bb) Festnahme von Personen

Das Bundesministerium für Verteidigung hat durch Befehl vom 26. April 2007 angeordnet, dass in Gewahrsam genommene Personen unverzüglich entweder an die zuständigen Behörden zu übergeben oder freizulassen sind, sofern von ihnen keine Gefahr mehr ausgeht.⁴⁸ Nicht geregelt ist ein Überprüfungsverfahren, wenn die festgenommenen Personen nicht an die zuständigen Behörden übergeben werden und von ihnen nach Ansicht des verantwortlichen Offiziers eine Gefahr ausgeht. Zum *ius cogens* gehören die Justizrechte nicht. Demgegenüber hat nach Art. 5 Abs. 4 EMRK eine festgenommene Person das Recht, dass ein Richter innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet. Art. 9 Abs. 3 IPbpR und Art. 104 Abs. 2 GG enthalten vergleichbare Regelungen. Nach dem Befehl des Bundesverteidigungsministeriums findet also bei Festnahmen der Richtervorbehalt keine Anwendung. Dies ist mit der verfassungs- und völkerrechtlichen Rechtslage nicht vereinbar.

Während „anhaltender Kampfhandlungen“ kann eine festgenommene Person sicherlich nicht dem Richter vorgeführt werden. Der Richter muss auch nicht am Kampfeinsatz teilnehmen, um über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung einer festgenommenen Person

⁴⁷ EGMR, NVwZ 2008, 645 (650) = EuGRZ 2007, 522, Rdn. 151 - *Saramati*.

⁴⁸ BT-Drs. 16/6282, S. 6.

„unverzüglich“ zu entscheiden. Vielmehr ist die richterliche Überprüfung „unverzüglich“, also nach Beendigung des operativen Einsatzes zu gewährleisten oder diese ist unter Beachtung des Unverzöglichkeitsgebotes den nationalen Behörden zu übergeben. Auch wenn die Bundeswehr im Rahmen von *ISAF* selbst keine Festnahmen durchführt, sondern Personen nur kurzfristig festhält, um sie an afghanische Behörden zu übergeben, befreit sie dies nicht von ihren internationalen Verpflichtungen. Angesichts der zumeist signifikant schlechten menschenrechtlichen Reputation dieser Behörden wird dieser Ausweg häufig versperrt sein, jedenfalls muss geprüft werden, dass die festgenommene Person nach Überstellung an afghanische Stellen nicht Gefahr läuft gefoltert, misshandelt, außergerichtlich hingerichtet oder zum Tode verurteilt zu werden.

cc) *Vorkehrungen bei Überstellungen festgenommener Personen*

Aus der Bindung der Bundeswehr an die EMRK folgt die zwingende Berücksichtigung des nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten *Refoulements*schutzes, wenn *ernsthafte Hinweise* auf ein *tatsächliches Risiko* von Folter und unmenschlicher Behandlung nach der Überstellung bestehen. Auch wenn in internationalen Vereinbarungen die Probleme, die mit der Verbringung eines Menschen in einen anderen Herrschaftsbereich, in dem unerwünschte Folgemaßnahmen möglich erschienen, ausdrücklich und detailliert angesprochen werden, wie in Art. 33 GFK, Art. 11 EuAuslÜb und in Art. 3 des Übereinkommens gegen Folter, hebt dies nicht die Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten nach Art. 3 EMRK für alle und besonders die vorhersehbaren Überstellungsfolgen ihres Herrschaftsbereiches auf.⁴⁹ Hieraus ergibt sich die Verantwortlichkeit des Staates gemäß der Konvention, wenn stichhaltige Hinweise dafür vorliegen, dass die betreffende Person in dem Land, in das sie zurückkehrt, der ernsthaften Gefahr von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung ausgesetzt ist.⁵⁰ Ebenso darf nach Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Folter ein Vertragsstaat eine Person nicht in einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr liefe, gefoltert zu werden.⁵¹ Kraft Völkervertragsrecht ist

⁴⁹ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 87 = EuGRZ 1989, 319 = NJW 1990, 2183 – *Soering*.

⁵⁰ EGMR, EZAR 933 Nr. 3, § 103 = NVwZ 1992, 809 = InfAuslR 1992, 81 – *Vilvarajah*; s. auch: EGMR, HRLJ 1993, 24 (25) – *Vijaynathan*; EKMR, HRLJ 1991, 170 – *Mansi*.

⁵¹ Committee Against Torture, HRLJ 1994, 168 – *Mutombo*; ebenso Committee Against Torture, HRLJ 1994, 426

deshalb bei ausländer- und auslieferungsrechtlichen Entscheidungen der zwingende völkerrechtliche Schutz vor Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 7 IPbpr, Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Folter und Art. 3 EMRK zu beachten.

Soweit bei bi- oder multinationalen operativen Militäraktionen einzelne Personen an Organe eines anderen Staates überstellt, also die Verantwortlichkeit für die Behandlung des Gefangenen auf einen anderen Staat verlagert werden soll, gelten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Bindung der EMRK im vollen Umfang. Es sind deshalb die prognoserechtlichen Grundsätze nach der flüchtlingsrechtlichen Rechtsprechung anzuwenden. Für das danach anzuwendende Beweismaß verwendet der Gerichtshof den Begriff des »*tatsächlichen Risikos*«. Danach muss ein tatsächliches Risiko bestehen, dass der Betroffene nach der Überstellung einer Behandlung ausgesetzt werden wird, die über die durch Art. 3 EMRK gesetzte Grenze hinausgeht.⁵² Das tatsächliche Risiko bezieht sich dabei auf eine bestehende »*objektive Gefahr*«, einer gegen Art 3 EMRK verstoßenden Behandlung unterworfen zu werden.⁵³ Da die Verantwortlichkeit des Vertragsstaates nach Art. 3 EMRK in derartigen Fällen in der Tatsache begründet liegt, dass er eine Einzelperson der Gefahr der Misshandlung aussetzt, muss zunächst das Bestehen dieser Gefahr mit Bezug auf die Tatsachen, die dem Vertragsstaat im Zeitpunkt der Überstellung bekannt gewesen sind oder hätten bekannt sein müssen, beurteilt werden.⁵⁴ Es kann mithin grundsätzlich nur auf die Erkenntnisse und Tatsachen ankommen, welche den handelnden Organen im Zeitpunkt ihrer Handlung vorgelegen haben oder hätten vorliegen können. Der Gerichtshof legt allerdings an die Art der behördlichen Methode der Entscheidungsfindung sowie das dabei angewendete Verfahren besonders strenge Maßstäbe an. Er differenziert dabei zwischen unerheblichen »*bloßen Möglichkeiten*« sowie dem beachtlichen »*ernsthaften Risiko*« einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.⁵⁵

- *Khan*.

⁵²EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 111 = EuGRZ 1989, 314 = NJW 1990, 2183 - *Soering*; bekräftigt EGMR, EZAR 933 Nr. 3, § 113 = NVwZ 1992, 879 = InfAuslR 1992, 81 - *Vilvarajah*.

⁵³EKMR, EuGRZ 1986, 324 (325) (§ 3) - *Sami Memis gegen BRD*; EKMR, Yearbook 10, 518 (528) (1967) - *X v. F. R. G.* zum auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatz.

⁵⁴EGMR, EZAR 933 Nr. 2, §§ 75 f. = NJW 1991, 3079 = InfAuslR 1991, 217 = HRLJ 1991, 142 - *Cruz Varas*; EGMR, EZAR 933 Nr. 3, § 107 = NVwZ 1992, 869 = InfAuslR 1992, 81 - *Vilvarajah*; zur gerichtlichen Aufklärungspflicht angesichts der Schwere der im Rahmen von Art. 3 EMRK relevanten Maßnahmen s. auch BVerfG, AuAS 1996, 3.

Nicht derart eindeutig ist nach Völkerrecht der Refoulementschutz bei drohender *Todesstrafe*, obwohl sich auch insoweit in den letzten Jahren im Rahmen der Vereinten Nationen ein zunehmender Trend auf Ächtung der Todesstrafe entwickelt.⁵⁶ In *Soering* hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wegen des drohenden Todeszellensyndroms eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt.⁵⁷ Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen hat sich dieser Rechtsprechung mit Bezugnahme auf das Folterverbot nach Art 7 IPbPR angeschlossen.⁵⁸ Für die Prognoseentscheidung kommt es danach auf das »konkrete Risiko«, zum Tode verurteilt zu werden, an.⁵⁹ Zwar berücksichtigt der Gerichtshof grundsätzlich nur bestehende, nicht aber auch lediglich möglicherweise eintretende Konventionsverletzungen. Im Hinblick auf die ernsten, irreparablen Leiden und um die Effektivität des Schutzes durch Art. 3 EMRK zu garantieren, wird indes die Abkehr von dem erwähnten Grundsatz für erforderlich erachtet.⁶⁰ Die Angehörigen der Bundeswehr sind in diesem Fall darüber hinaus an Art. 102 GG gebunden und dürfen den Betroffenen nicht an die nationalen Behörden überstellen. Wäre die Auffassung der Bundesregierung zutreffend, müssten sie auch in diesem Fall überstellen. Denn das Verbot der Todesstrafe ist weder völkerrechtlich allgemein anerkannt noch hat es deshalb den Charakter von *ius cogens*.

Anders ist die Rechtslage beim Refoulementschutz gegen die Verletzung des Folterverbotes. Auch wenn man von einer vollständigen Übertragung der Hoheitsgewalt an den Sicherheitsrat ausginge, blieben die nationalen Kontingente an das Refoulementverbot gebunden. Das Folterverbot hat inzwischen *jus cogens* - Charakter.⁶¹ Auch dem Refoulementschutz gegen unzulässige Überstellungen bei drohender Folter oder unmenschlicher Behandlung wird *ius*

⁵⁵EGMR, NVwZ 1992, 869 (870) (§ 111 und § 115) - *Vilvarajah*.

⁵⁶ Zuletzt General Assembly, Resolution 62/149 „Moratorium on the use of the death penalty“, vom 26 Februar 2008, U.N. Doc. A/RES/62/149.

⁵⁷EGMR, EuGRZ 1989, 314 (§ 83) = NJW 1990 = EZAR 1989, 319 = B 1 – *Soering*.

⁵⁸UN-Committee on Human Rights, HRLJ 1993, 307 (314) (§ 15.3 f.); bekräftigt UN-Committee on Human Rights, Communication, HRLJ 1994, 410 ((416 f.)) (§§ 16.7 ff.) – *Cox v. Canada*.

⁵⁹EGMR, EuGRZ 1989, 314 (§ 90–§ 99) = NJW 1990 = EZAR 1989, 319 = B 1 – *Soering*.

⁶⁰EGMR, EuGRZ 1989, 314 (§ 90–§ 99) = NJW 1990 = EZAR 1989, 319 = B 1 – *Soering*.

⁶¹ Z.B. *Jordan J. Part*, Columbia Journal of Transnational Law 2005, 811 (821 f.); *Aoife Duffy*, IJRL 2008, 373 (375).

cogens - Charakter zugeschrieben.⁶²

dd) Diplomatische Zusicherungen

Die nationalen Kontingente dürfen aus diesen Gründen festgenommene Personen nicht ohne weiteres an afghanische Behörden übergeben. Vielmehr müssen sie sorgfältig prüfen, ob ein tatsächliches Risiko besteht, dass eine festgenommene Person nach der Überstellung gefoltert oder unmenschlich behandelt werden wird. Da insoweit ein ernsthafte Risiko in Ansehung oppositioneller Personen zumeist kaum ausgeschlossen werden kann, stoßen auch generelle Absprachen zwischen der deutschen und der afghanischen Regierung zum Schutze überstellter Personen, also diplomatische Zusicherungen, an Grenzen.

Gegen die Praxis diplomatischer Zusicherungen hat der Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter gravierende Bedenken angemeldet. Er bemängelte, dass keine Klarheit über eine wirksame Überwachung nach der Abschiebung und über angemessene Verfahrensgarantien bestehe.⁶³ Ebenso hat der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen gegen Folter seine Besorgnis geäußert, dass Überwachungsverfahren wenig geeignet seien, die Gefahr von Folterungen nach der Abschiebung zu verhindern. Sie hätten sich als unwirksamer Schutz gegen Folter und als ungeeignete Verfahren zur Sicherstellung der Regierungsverantwortlichkeit erwiesen.⁶⁴ Der frühere Hochkommissar des Europarates für Menschenrechte, *Alvaro Gil-Robles*, hat auf die immanente Schwäche diplomatischer Zusicherungen hingewiesen, die darin bestehe, dass in den Fällen, in denen diplomatische Zusicherungen erforderlich seien, ganz offensichtlich ein hohes Risiko der Anwendung von Folter oder Misshandlungen bestehe. Wegen der absoluten Schutzwirkung des Verbotes von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung könnten deshalb formale Zusicherungen nicht ausreichen, wenn ungeachtet dessen ein Risiko bestehe.⁶⁵ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in diesem Zusammenhang betont, dass diplomatische Zusicherungen nicht von der sorgfältigen und notwendigerweise strengen

⁶² *UNHCR*, Report, UN Doc. E/1985/62 (1985), Rdn. 22f.; *UNHCR*, Report, UN Doc. E/18989/64 (1989), Rdn. 24; so auch *Jean Allain*, *IJRL* 2001, 533 (534).

⁶³ CAT/C/CR/33/3, § 4, Nov. 2004.

⁶⁴ U.N. A760/316, Interim Report of the Special Rapporteur on Torture, 30. August 2005, § 46.

Prüfung befreien, zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall derartige Zusicherungen in ihrer tatsächlichen Anwendung zureichende Garantien gegen eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung gewährleisten.⁶⁶

An diese völkerrechtlichen Grundsätze sind die Einsatzführer vor Ort gebunden. Bestehen ernsthafte Anhaltspunkte, dass eine festgenommene Person nach Überstellung an einen befreundeten Bündnispartner oder an die nationalen Behörden einem tatsächlichen Risiko einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt sein wird, muss er gegebenenfalls nach Rücksprache und Weisung der Einsatzleitung diesen Anhaltspunkten nachgehen und die Überstellung ablehnen, wenn Zweifel verbleiben. So wurde berichtet, dass 2007 von kanadischen Soldaten an afghanische lokale Behörden überstellte festgenommene Personen anschließend von diesen misshandelt worden sein sollen. Im Hinblick auf das von der Bundesregierung mit der afghanischen Regierung angestrebte bilaterale Abkommen mit der afghanischen Regierung über die Übergabe festgehaltener Personen⁶⁷ besteht insoweit Diskussions- und Prüfungsbedarf. Denn die Regierung Karzai ist weder willens noch in der Lage, die Erfüllung irgendwelcher Regierungsabkommen durchzusetzen. 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.⁶⁸ Hieraus wird in der Rechtsprechung die Schlussfolgerung gezogen, dass die Regierung Karzai zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder in Afghanistan noch in einem Teilgebiet Afghanistans ein Gewaltmonopol ausübe. Sie sei nicht einmal ansatzweise in der Lage, sich in den einzelnen Landesteilen gegenüber den *Warlords* (Kriegsfürsten, Lokalherrschern,

⁶⁵ Report by *Alvaro Gil-Robles* on His Visit to Sweden, CommDH(2004)13, § 9, 8. Juli 2004.

⁶⁶ EGMR, Urteil v. 28. Februar 2008 – No. 37201/06, Rdn. 147 - 148 – *Saadi v. Italy*

⁶⁷ BT-Drs. 16/6282, S. 8.

⁶⁸ *Auswärtiges Amt*, Bericht über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Islamischen Republik Afghanistan v. 7. März 2008, S. 7, 9.

Stammesführern) durchzusetzen.⁶⁹

d) *Beteiligung der Bundeswehr an der „Operation Enduring Freedom (OEF)“*

Bislang wirken die Streitkräfte der Bundeswehr auch an der OEF in Afghanistan mit. „Vom Deutschen Bundestag ist mandatiert, dass ‚deutsche bewaffnete Streitkräfte dazu mit ihren Fähigkeiten beitragen‘. Damit ist deutschen Kräften im Rahmen ihres Auftrages auch gestattet, Taliban oder Kämpfer der Al-Quaeda vorübergehend festzuhalten.“ Nach Auskunft der Bundesregierung haben in diesem Zusammenwirken „auch deutsche Sicherheitskräfte im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit anderen Verbündeten Beiträge geleistet, um verdächtige Personen zu ergreifen.“⁷⁰ Im merkwürdigen Gegensatz zu dieser Aussage steht die Auskunft der Bundesregierung, dass dieser keine Fälle der Gefangennahme durch deutsche OEF-Streitkräfte bekannt seien und dem Beauftragten für Menschenrechtspolitik „*nie* Informationen“ darüber vorlägen, dass deutsche Sicherheitskräfte in Afghanistan Personen gefangen genommen hätten.“ Dies kann seinen Grund aber auch in der zugleich mitgeteilten Praxis haben, dass keine Übersichten über Übergaben Gefangener an verbündete Streitkräfte durch Kräfte der OEF geführt werden.⁷¹ Darüber hinaus wird offensichtlich die kurzfristige Gefangennahme vor der unverzüglichen Überstellung an verbündete Streitkräfte nicht als Gefangennahme gewertet.

Auch das nur vorläufige Festhalten ist Freiheitsentziehung. Die Überstellung an Streitkräfte der US-Armee im Rahmen der OEF in Afghanistan ist aus vielerlei Gründen diskussionsbedürftig. Zwar bestreitet die Bundesregierung, dass in Afghanistan ein bewaffneter Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts besteht. Die Streitkräfte der OEF werden in Afghanistan auf der Grundlage von Art. 51 UN-Charta und Art. 5 des NATO-Vertrages tätig. Wenn man auch nicht für das gesamte Afghanistan von einem *innerstaatlichen bewaffneten Konflikt* ausgehen kann, so ist im Blick auf den Süden und Südosten des Landes von einem derartigen Konflikt auszugehen, sodass humanitäres Recht Anwendung findet und menschenrechtliche Schutznormen nicht im vollen Umfang gelten.

⁶⁹ OVG Rh-Pf., Urt. v. 6. Mai 2008 – 6 A 10749/07, UA, S. 5

⁷⁰ BT-Drs. 16/6282, S. 3, 7.

Dies ergibt sich aus folgenden Umständen: Anders als Art. 1 des Zusatzprotokolls II setzt der gemeinsame Art. 3 der Genfer Konventionen nicht begriffsnotwendig bewaffnete Streitkräfte voraus, die unter einer für sie verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Staatsgebietes ausüben, dass sie anhaltende und koordinierte Kampfhandlungen ausüben können. Vielmehr besteht Einigkeit, dass Art. 3 auf bewaffnete Konflikte mit weit unterhalb der für die Anwendung des II. Zusatzprotokolls geforderten Intensität und insbesondere auf den heute vorherrschenden Typus des *asymmetrischen Krieges* anwendbar sein soll. Wegen des Schutzzwecks des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen soll der Anwendungsbereich dieser Norm so weit wie möglich gezogen werden. Damit finden die Einschränkungen von Art. 1 Abs. 2 Protokoll II und Art. 8 Abs. 2 Buchst. f) Rom-Statut auf Art. 3 keine Anwendung. Nach Art. 1 Abs. 2 Protokoll wird das Protokoll „nicht auf *Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen*“ angewandt. Art. 8 Abs. 2 Buchst. f) Rom-Statut verwendet einen identischen Wortlaut. Hintergrund dieser einschränkenden Klauseln ist im Falle des Protokolls II eine freilich historisch fehlgeschlagene Erwartung der optimalen Einbindung kriegführender Parteien und im Falle des Rom-Statuts die an völkerrechtliche Verpflichtungen anknüpfende völkerrechtliche strafrechtliche Verantwortlichkeit von Einzelpersonen.

Für die *Anwendungsschwelle* von Art. 3 wird mit der Voraussetzung, dass Kampfhandlungen eine „*gewisse Intensität*“ aufweisen müssen,⁷² ein eher pragmatischer Ansatz gewählt. Dies hat das IKRK erst kürzlich erneut bestätigt und darauf hingewiesen, dass die bewaffneten Auseinandersetzungen einen „*minimalen Grad von Intensität*“ und die Konfliktparteigen ein „*Minimum an Organisation*“ aufweisen müssen.“⁷³ Von einem in den Anwendungsbereich des gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Konvention fallenden internen bewaffneten Konflikt ist deshalb bereits dann auszugehen, wenn auf beiden Seiten bewaffnete Kräfte in

⁷¹ Bundesministerium der Verteidigung, Parlamentarischer Staatssekretär *Christian Schmidt*, Antwort vom 6. November 2006.

⁷² *Michael Bothe*, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: *Wolfgang Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, S. 581 (661).

⁷³ *ICRC*, Opinion Paper, „How is the term ‚armed conflict‘ defined in international humanitarian law?“, March 2008.

Feindseligkeiten gegeneinander verstrickt sind, die zwar in vielen Beziehungen einem internationalen Konflikt vergleichbar sind, sich jedoch im Hoheitsgebiet eines einzelnen Staates ereignen.⁷⁴ Die für den gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Konventionen maßgebenden Voraussetzungen des „innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes“ liegen danach weit unterhalb der Kriterien von Art. 1 Protokoll II. Auf der den Genfer Konventionen vorausgehenden Bevollmächtigtenkonferenz wurde eine Kriterienliste zur Definition des bewaffneten Konfliktes bewusst vermieden. Abzugrenzen ist dieser Begriff vielmehr von bloßen Akten reinen Banditentums oder einer unorganisierten und kurzfristigen Erhebung.⁷⁵

Nach dem autoritativen Kommentar des IKRK beherrschen zwar die Konfliktparteigen in vielen Situationen bewaffneter Konflikte einen Teil des Landes und besteht auch häufig irgendeine Art von Front. Dies ist jedoch keine zwingende begriffsnotwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes.⁷⁶ So hat z.B. auch der Internationale Gerichtshof in der *Nicaragua-Entscheidung* auf den Konflikt zwischen der Regierung von Nicaragua und den Contras Art. 3 der Genfer Konventionen angewandt und damit diese Beziehung als einen innerstaatlichen bewaffneten Konflikt bewertet. Dabei hatten sich die Contras mit Unterstützung der CIA auf Anschläge auf Versorgungseinrichtungen wie z. B. Elektrizitätswerke, auf Terrorakte und auf Menschenrechtsverletzungen gegen die Zivilbevölkerung sowie auf begrenzte militärische Operationen im Grenzgebiet von Nicaragua konzentriert,⁷⁷ also zu keinem Zeitpunkt unter verantwortlicher militärischer Führung koordinierte anhaltende Kampfhandlungen gegen die Regierung durchgeführt. Auch im völkerrechtlichen Schrifttum findet diese Position Bestätigung. Danach setzt der Begriff des innerstaatlichen bewaffneten Konfliktes ein Ausmaß an Feindseligkeiten voraus, dessen die Regierung mit den normalen polizeilichen Mitteln nicht mehr Herr werden kann.⁷⁸ Dabei ermöglicht die definitorische Unbestimmtheit von Art. 3 eine flexible Handhabung und dem IKRK die Möglichkeit, Hilfestellungen in einer Vielzahl von Fallgestaltungen anzubieten.⁷⁹

⁷⁴ Jean S. Pictet, IV Geneva Convention. Commentary, 1958, S. 36.

⁷⁵ Pictet, The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary. IV Geneva Convention, 1958, S. 36; Winfried Möller/Klaus Peter Stiegeler, § 60 AufenthG Rdn. 55.

⁷⁶ Pictet, The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary. IV Geneva Convention, 1958, S. 36.

⁷⁷ International Court of Justice, Reports of Judgments 1986, 14, § 20, § 93, § 104 bis § 106 - *Nicaragua v. U.S.*

⁷⁸ Hans-Peter Gasser, *Armed Conflict within the Territory of a State*, S. 231).

⁷⁹ Frits Kalshoven, *The Netherlands Yearbook of International Law* 1977, 107 (113).

Findet damit für die OEF-Streitkräfte im Süden und Südosten von Afghanistan humanitäres Recht Anwendung, gelten die menschenrechtlichen Schutznormen nicht unbeschränkt. Vielmehr kann insbesondere das Habeas Corpus-Recht eingeschränkt werden. Der *Richtervorbehalt* bei Festnahmen (Art. 9 Abs. 3 IPbpR, Art. 5 Abs. 4 EMRK, Art. 104 Abs. 2 GG) kann während anhaltender Kampfhandlungen nicht gewährleistet werden. Die Notstandsregelungen erlauben jedoch eine Außerkraftsetzung der Justizrechte nur „in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert“ (Art. 4 Abs. 1 IPbpR, Art. 15 Abs. 1 EMRK). Der Richtervorbehalt wird danach nicht erst nach Beendigung des unendlichen „Krieges gegen den Terror“ wieder in Kraft gesetzt, sondern 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.⁸⁰

Die humanitären Regelungen etwa des III. Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen finden jedoch auf interne bewaffnete Konflikte keine Anwendung und Art. 3 der Genfer Konvention enthält den Richtervorbehalt nicht. Nach Abschluss der jeweils konkreten militärischen Kampfhandlung ist daher 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: Wie können Bundesregierung und Bundestag bei der Erteilung eines Mandates für die Beteiligung der Bundeswehr an einer Friedensmission sicherstellen, dass bei diesem Einsatz hohe grund- und menschenrechtliche Standards gewahrt bleiben?

Das Mandat müsste unter wirksamer Einbeziehung des Deutschen Bundestages vor der Beschlussfassung diskutiert und von der Bundesregierung unter Einbeziehung dieses Diskurses dem Deutschen Bundestag zur Entscheidung vorgelegt werden. Dabei sollte dem Bundestag das Recht eingeräumt werden, Änderungen an der Regierungsvorlage vorzunehmen und über diese nach den allgemeinen Abstimmungsregeln eine endgültige

⁸⁰Bernhard Schäfer, Zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, in: Menschenrechtsbindung bei Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, Universität Potsdam, Menschenrechtszentrum (Hrsg.), 2006, S. 5 (8).

Entscheidung herbeizuführen. Das derzeitige Verfahren, bei dem dem Bundestag lediglich das Recht verbleibt, die Regierungsvorlage insgesamt anzunehmen oder abzulehnen, ohne auf die inhaltliche Gestaltung des Mandates Einfluss nehmen zu können und in diesem Zusammenhang auf einen optimalen und wirksamen Grund- und Menschenrechtsschutz bei der Durchführung des Mandates hinzuwirken, ist weder demokratisch noch gewährleistet es, dass hohe grund- und menschenrechtliche Standards gewahrt bleiben.

Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes sind insoweit nicht sonderlich hilfreich, aber auch nicht zwingend. Einerseits betont das Gericht „*eine eigene politische Mitwirkungsbefugnis*“ des Parlaments und erkennt darin eine historische „*Tendenz zur verstärkten Parlamentarisierung der Willensbildung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten*“. Andererseits verweist es auf das verfahrensmäßig wie gegenständlich begrenzte Mitwirkungsrecht des Parlaments, das die Regierungsvorlage nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG „nur insgesamt billigen oder ablehnen kann“ (BVerfGE 90, 286 (357 f.)). Nur wenn die Bundesregierung „*neue oder erweiterte rechtliche Bindungen* entstehen lasse,“ sei die Mitwirkung des Parlaments gefordert.⁸¹

Das Bundesverfassungsgericht hat offensichtlich den Fall vor Augen, dass innerhalb eines bestehenden und vom Parlament gebilligten Mandates neue oder erweiterte Aufgaben übernommen werden. Hierfür ist die Zustimmung des Deutschen Bundestages erforderlich. Auf die Sicherstellung eines stärkeren Grundrechtsschutzes innerhalb eines bestehenden und zur Verlängerung anstehenden Mandates bezieht es den Parlamentsvorbehalt nicht. Andererseits hat die Vergangenheit gezeigt, dass die Bundesregierung aus ihrer immanenten Interessenlage heraus kein besonderes Interesse daran hat, die Bundeswehr im Rahmen eines bestehenden Mandates stärkeren Grundrechtsbindungen zu unterwerfen. Die Frage 6 kann danach nur dahin beantwortet werden, dass bei einer Beibehaltung der derzeitigen Praxis der „Einsatz hoher grund- und menschenrechtlicher Standards“ nicht sichergestellt werden kann. Zwar kann die Regierungsvorlage als solche nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nicht verändert werden, denn alles Handeln der Exekutive im völkerrechtlichen Verkehr unterliegt den Grenzen von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG.⁸² Wenn

⁸¹ BVerfGE 90, 286 (358 f.); 104, 151 (208).

⁸² BVerfGE 90, 286 (358).

indes die vom Bundesverfassungsgericht 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: Welche menschenrechtlich kritischen Situationen tauchen regelmäßig in der Einsatzpraxis auf und erfordern eine rechtliche Klarstellung?

Diese Fragestellung wurde weitgehend im Rahmen der Stellungnahme zum Fragenszusammenhang von Nr. 4 und Nr. 5 behandelt. Dort wurde insbesondere das Habeas Corpus-Recht und seine Reichweite gegenüber nationalen Kontingenten im Rahmen internationaler Friedensmissionen erörtert. Diese Frage wird im politischen Diskurs sehr intensiv diskutiert. Obwohl nach Völkerrecht wie auch nach Verfassungsrecht bei Festnahmen durch Angehörige nationaler Kontingente ein richterlicher Überprüfungsmechanismus zu fordern ist, wird diese Forderung in der Praxis bislang nicht umgesetzt. Stattdessen weicht man auf eine Praxis der Überstellung an die zuständigen nationalen Behörden aus. 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.⁸³ Dementsprechend kann die Bundesregierung über die Praxis der Bundeswehr im Rahmen von OEF auch keine Rechenschaft liefern und wird sie ihren aus ihren menschenrechtlichen Verpflichtungen folgenden positiven Garantenpflichten nicht gerecht. Dazu gehört, dass in Gewahrsam genommenen Personen ein wirksamer Schutz gegen Rechtsverletzungen gewährleistet wird, wozu an allererster Stelle die Registrierung nach Möglichkeit in einer zentralen Datei über vorübergehende Festnahmen und Überstellungen gehört (vgl. auch Art. 2

⁸³ Bundesministerium der Verteidigung, Parlamentarischer Staatssekretär *Christian Schmidt*, Antwort vom 6. November 2006.

Abs. 1, 11 Übereinkommen gegen Folter). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erlegt den Vertragsstaaten eine *Reihe von positiven Verpflichtungen* auf, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Konventionsnormen zu verhindern und Wiedergutmachung zu gewährleisten. Deshalb müssen die Staaten bestimmte Schutzvorkehrungen treffen, um ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen wirksam gegen Folter und Misshandlungen zu schützen.⁸⁴ Die Vertragsstaaten seien nicht nur verpflichtet, absichtliche und unrechtmäßige Tötungen zu unterlassen. Vielmehr hätten sie auch aktiv angemessene Schritte einzuleiten und durchzuführen, um das Leben der ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zu schützen.⁸⁵ Der Hinweis auf Bündnistreue ist kein Rechtfertigungsgrund für Passivität. Die Konvention erlaubt keine Komplizenschaft im Namen höherer Ziele. Entsprechend ihrer fehlenden Registrierungspraxis ist die Bundesregierung nicht in der Lage, mitzuteilen, ob im Rahmen von OEF festgenommene Personen an die US-Armee übergeben und ob von diesen anschließend einige in Guantanamo festgehalten wurden und werden.

Bislang nicht zureichend geklärt sind die Kompetenzen der Bundeswehr bei der *Pirateriebekämpfung* vor der Küste von Somalia. Völkergewohnheitsrechtlich ist das Recht, gegen Schiffe, die der Piraterie verdächtig sind, vorzugehen, ausschließlich Kriegsschiffen vorbehalten. Nach deutschem Recht (§ 4 Abs. 3 SeeAufgG in Verb. mit § 1 Nr. 2 a ZustBV-See) ist jedoch der Bundespolizei die Aufgabe der Pirateriebekämpfung übertragen worden. Dementsprechend will sich die Bundesrepublik mit 1400 Soldaten an der Operation *Atalanta* vor der somalischen Küste beteiligen. Dabei soll die Bundespolizei beteiligt werden, um die Übernahme von Gefangenen und deren weitere polizeilich Behandlung sowie der richterliche Haftprüfung sicherzustellen.⁸⁶

Frage 9: Ist es vorstellbar, im Rahmen der extraterritorialen Staatenpflichten für Taten, die im Ausland nicht unter Strafe stehen (z.B. Zwangsprostitution und Zwangsverheiratung) bei der Wiedereinreise nach Deutschland rechtlich belangt zu werden?

Das deutsche Strafanwendungsrecht folgt grundsätzlich dem Territorialitätsprinzip (Gebietsgrundsatz). Nach § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die im Inland begangen werden. Dieser Grundsatz beruht auf dem völkerrechtlichen Grundsatz der

⁸⁴ EGMR, HRLJ 2002, 39 (43) – *Al Adsani v. UK*.

⁸⁵ EGMR, RJD 2001-III, §§ 89 f. – *Kenan v. UK*.

Nichteinmischung als Ausprägung des völkerrechtlichen Prinzips der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Ziff. 1 VN-Charta). Es werden jedoch Durchbrechungen des Territorialitätsprinzips insbesondere aufgrund des aktiven Personalitätsprinzips sowie des Weltrechtsprinzips im Blick auf übernationale Rechtsgüter und Kulturwerte anerkannt. Auch das deutsche Recht sieht entsprechende Durchbrechungen des Territorialitätsgrundsatzes (§ 5 Nr. 8 b, § 6 StGB) für die dort abschließend bezeichneten Taten vor. Das deutsche Strafrecht gilt für diese im Ausland begangenen Taten unabhängig vom Recht des Tatorts.

Hinzu kommen im Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) normierte weitere Katalogtaten (*völkerrechtliche Kernverbrechen*), die nach dem Weltrechtsprinzip unabhängig vom Recht des Tatorts und der Staatsangehörigkeit des Täters oder des Opfers der deutschen Strafgewalt unterfallen (§ 1 VStGB). Eine strafrechtliche Verfolgung von Auslandstaten *privater Personen* kommt mithin nur in Betracht, wenn die in Frage stehende Tat zu den dort genannten Katalogtaten zählt. Für Taten von *deutschen oder ausländischen Amtsträgern* oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sowie für Soldaten, die von diesem Personenkreis während eines dienstlichen Aufenthalts im Ausland begangenen werden, gilt hingegen deutsche Strafrecht absolut, d.h. ohne Begrenzung auf einen normierten Katalog an Straftatbeständen (§ 5 Nr. 12 und Nr. 13 StGB bzw. § 1a Abs. 2 WStGB).

Den Vorschriften des § 5 Nr. 8 b und Nr. 12 StGB liegt das *aktive Personalitätsprinzip* zugrunde. Anknüpfungspunkt für die deutsche Strafgewalt ist das zum Täter bestehende Band der Staatsangehörigkeit. Nach § 5 Nr. 8 b StGB unterliegt der *sexuelle Missbrauch von Kindern* (§§ 176 – 176 b StGB) und *Jugendlichen* (§ 182 StGB) der deutschen Strafgewalt, wenn der Täter Deutscher ist. Die Vorschrift zielt auf universellen Opferschutz vor deutschen Tätern (insbesondere „*Sextourismus*“) und kann sich völkerrechtlich auf Art. 34 der Kinderrechtskonvention stützen. Über das in § 5 StGB zum Ausdruck kommende aktive Personalitätsprinzip hinaus erstreckt § 6 StGB die deutsche Strafgewalt auf der Grundlage des *Weltrechtsprinzips* für bestimmte Straftaten auch auf im Ausland begangene Taten, unabhängig vom Recht des Tatorts und unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Täters (oder des Opfers). Nach § 6 Nr. 4 StGB unterliegt der Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung und zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft sowie der Förderung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB) dem Weltrechtsprinzip. § 6 Nr. 6 StGB ordnet

⁸⁶ Süddeutsche Zeitung v. 26. November 2008

auch die Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften (§ 184a StGB), die Verbreitung, den Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b StGB) sowie deren Verbreitung durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste (§ 184c StGB) dem Weltrechtsprinzip zu.

Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit werden auch durch das VStGB als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7) und Kriegsverbrechen gegen Personen (§ 8) dem Weltrechtsprinzip zugeordnet. § 7 VStGB stellt eine ganze Reihe von Verbrechen, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden unter Strafe. Hierzu zählt nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB das Betreiben des Menschenhandels sowie die Versklavung und Anmaßung eines Eigentumsrechts an einem Menschen. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 StGB macht sich strafbar, wer – im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung – einen anderen Menschen sexuell nötig oder vergewaltigt, ihn zur Prostitution nötigt, der Fortpflanzungsfähigkeit beraubt oder in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen, eine unter Anwendung von Zwang geschwangerte Frau gefangen hält. § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB stellt darüber hinaus die sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung einer nach dem humanitären Völkerrecht geschützten Person sowie deren Nötigung zur Prostitution unter Strafe, wenn die Tat im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen Konflikt begangen wird.

Mit den genannten Katalogtaten nach § 5 und § 6 StGB sowie dem VStGB werden somit einzelne Ausformungen der in der Frage 9 angesprochenen beispielhaften Kriminalitätsformen der deutschen Strafgewalt unterstellt. Hierzu zählen mit § 232 StGB im Rahmen des Weltrechtsprinzips nach § 6 Nr. 4 StGB explizit auch besonders schwere Formen der *Zwangsprostitution*. Im Unterschied zur Zwangsprostitution erfasst das Weltrechtsprinzip nicht die *Zwangsverheiratung*. Die Zwangsverheiratung wird in § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB als besonders schwerer Fall der Nötigung bezeichnet, zählt damit aber gerade nicht zu den in § 6 StGB genannten Taten zur Verfolgung aufgrund des Weltrechtsprinzips. Während Zwangsverheiratung und auch die „einfache“ Zwangsprostitution nach § 180a StGB für Taten von Privatpersonen im Ausland nicht unter die deutsche Strafgewalt fallen, unterfallen solche Taten, wenn sie durch Amtsträger, besonders Verpflichtete oder Soldaten im Ausland während ihres dienstlichen Aufenthalts begangen werden gemäß § 5 Nr. 12 StGB und § 1a WStGB der deutschen Strafgewalt.

Themenkomplex II: Extraterritoriale Staatenpflichten und FRONTEX

Frage 1: Sind deutsche Grenzschrützer von FRONTEX auch außerhalb der Zwölf-Meilen-Zone auf hoher See an Flüchtlings- und Menschenrechte gebunden und welche Pflichten ergeben sich daraus für staatliche Behörden außerhalb des Staatsterritoriums?

Frage 2: Wie kann sichergestellt und überprüft werden, dass die Tätigkeit deutscher Beamter im Rahmen von EU-Agenturen wie FRONTEX sich im Rahmen geltender grund- und menschenrechtlicher Normen bewegt?

Frage 3: In welchem Umfang gelten internationale Normen zum Schutze der Menschenrechte für das Handeln deutscher Staatsgewalt (gegebenenfalls im Rahmen von FRONTEX) bei Migrationskontrollen auf hoher See?

Frage 4: Können Flüchtlinge, die auf dem Seeweg die Südgrenze der EU ansteuern und von FRONTEX-Einheiten aufgegriffen werden, bei den FRONTEX-Einheiten einen Asylantrag stellen bzw. Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention beantragen, ohne abgedrängt und kollektiv zum Anlaufen eines außerhalb der EU gelegenen Hafens gezwungen zu werden?

Frage 5: Wie wird diesbezüglich innerhalb der EU verfahren, die in der Flüchtlings- und Asylpolitik ein einheitliches Regelwerk anstrebt?

1. Vorbemerkung

Die Fragen 1 – 5 können sinnvoll nur in Zusammenhang beantwortet werden. Bei einer jeweils auf die einzelnen Fragen bezogenen Stellungnahme besteht die Gefahr, dass der einheitliche rechtliche Zusammenhang zerrissen und die Stellungnahme unverständlich wird. Deshalb werden die in allen fünf Fragen anklingenden Probleme nach folgender Gliederung abgehandelt:

- *Geltung internationaler Verpflichtungen im Bereich der Menschenrechte und des Flüchtlingsschutzes der Staaten auf hoher See,*
- *Folgerungen aus der Geltung internationaler Verpflichtungen auf hoher See,*
- *Anknüpfung der Verpflichtungen an die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft,*
- *Bisherige Erfahrungen in der Praxis der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft.*

FRONTEX ist ein relativ neuartiges Phänomen und bislang nicht ausreichend wissenschaftlich behandelt worden. Dementsprechend sind auch die völkerrechtlichen Fragen noch nicht ausreichend ausdiskutiert und geklärt worden. Entsprechend dieser Ausgangslage können im

Nachfolgenden eigentlich nur Fragestellungen und die sich hieraus ergebenden Bedrohungslagen für den Menschenrechts- und Flüchtlingsschutz skizziert werden.

2. *Geltung internationaler Verpflichtungen auf hoher See*

Das inzwischen zur zwingenden Regel des Völkerrechts (*ius cogens*) erstarkte Prinzip des Refoulementschutzes nach Art. 33 Abs. 1 GFK gilt ebenso wie die anderen menschenrechtlichen Refoulementverbote (Art. 7 IPbpR, Art 3 Übereinkommen gegen Folter, Art. 7 IPbpR, Art. 3 EMRK) auch auf hoher See. Insoweit wird auf die Ausführungen zum Fragenkomplex I 1 und 3 verwiesen. Danach interpretiert der Internationale Gerichtshof Art. 2 Abs. 1 IPbpR dahin, dass die Herrschaftsgewalt der Staaten zwar grundsätzlich territorialgebunden sei. Sie könne jedoch unter bestimmten Umständen auch außerhalb des nationalen Territoriums ausgeübt werden. Aus der Entstehungsgeschichte des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte ergebe sich, dass dessen Verfasser nicht die Absicht verfolgt hätten, den Staaten zu erlauben, sich aus ihren internationalen Verpflichtungen zu lösen, wenn sie Herrschaftsgewalt außerhalb ihres Territoriums ausübten.⁸⁷ Der Menschenrechtsausschuss hält die Vertragsstaaten aufgrund von Art. 2 Abs. 1 IPbpR ebenfalls für verpflichtet, die Konventionsrechte zu beachten und sicherzustellen, dass alle Personen *innerhalb* ihres Territoriums und darüber hinaus alle Personen, die ihrer Herrschaftsgewalt unterworfen sind, diese Rechte in Anspruch nehmen können. Daraus folge, dass die Vertragsstaaten die Inanspruchnahme der Konventionsrechte durch alle Personen *innerhalb ihrer Gewalt* oder ihrer *wirksamen Kontrolle* sicherstellen müssen, auch wenn sie sich nicht innerhalb ihres Gebietes aufhielten.⁸⁸

Kommt es danach maßgebend nicht auf die territorial gebundene Hoheitsgewalt, sondern unabhängig davon zuallererst auf die Herrschaftsgewalt an, gelten internationale Verpflichtungen auch auf hoher See. Zwar behauptet das Bundesinnenministerium, das Zurückweisungsverbot nach Art. 33 GFK finde nach der Staatenpraxis und überwiegender Rechtsauffassung auf Hoher See keine Anwendung. Eine überwiegende Staatenpraxis stützt

⁸⁷ Internationaler Gerichtshof, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestine Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

⁸⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 31(80) „Nature of the General Obligation imposed on State Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Par. 10.

diese Auffassung jedoch nicht. Entgegenstehende vereinzelte gerichtliche Entscheidungen wie etwa die *Haiti*-Entscheidung des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten,⁸⁹ der sich einige Gerichte in angelsächsischen Staaten angeschlossen hatten,⁹⁰ spiegeln keinen übereinstimmenden Konsens der Praxis im jeweiligen Staat wieder und ergingen zumeist vor der Klarstellung der Reichweite internationaler Verpflichtungen durch den Internationalen Gerichtshof und den Menschenrechtsschuss. In der *Haiti-Entscheidung* hatte der Gerichtshof über Beschwerden haitianischer Bootsflüchtlinge, die auf offener See von Zwangsmaßnahmen bedroht waren, zu entscheiden. Obwohl der Gerichtshof wiederholt die Situation des Flüchtlings *an* der Grenze erwähnt, kann der Entscheidung keine eindeutige rechtliche Aussage zu dieser Frage entnommen werden. Vielmehr stellt der Gerichtshof lediglich fest, dass Art. 33 GFK nicht beabsichtige, das Staatenverhalten *außerhalb* der nationalen Grenzen zu regeln. Daher könne es den Einwanderungsbehörden nicht untersagt werden, Asylsuchende über die nationalen Seegrenzen hinweg zu bringen.⁹¹

Dagegen stehen 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. Danach ist der Schutz vor zwangsweiser Rückführung nicht ausschließlich auf das Territorium der Vertragsstaaten, sondern auf die Effektivität ihrer Herrschaftsgewalt bezogen. Dementsprechend gilt das Refoulementprinzip nach der überwiegenden Literatur⁹² auch auf hoher See. Auch das Exekutivkomitee von UNHCR bekräftigt diesen Grundsatz.⁹³

3. *Folgerungen aus der Reichweite internationaler Verpflichtungen auf hoher See*

a) *Zugang zum Verfahren*

Aus der Anerkennung, dass der Refoulementschutz des Flüchtlingsrechts sowie der Menschenrechtsabkommen auch auf hoher See gilt, folgt, dass Asylsuchenden ein wirksamer

⁸⁹ Supreme Court, Nr. 92–344, The United States Law Week 1993, 4684 – *Sale v. Haitian Ctrs. Council*.

⁹⁰S. Nachweise bei *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, Rechtsgutachten Menschen- und flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, 2007, S. 7 ff.

⁹¹ Supreme Court, Nr. 92–344, The United States Law Week 1993, 4684 (4691, 4693)

⁹² S. Nachweise bei *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, ebenda, S. 7 ff.

⁹³ UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 53 (XXXIX) (1988).

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 der GFK ein Verfahren bereithalten müssen, um Refoulementgefahren nach Möglichkeit zu minimieren. Art. 13 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten der EMRK darüber hinaus, gegen drohende Folter und unmenschliche Behandlung einen wirksamen Rechtsbehelf gegen eine negative Behördenentscheidung zu gewährleisten.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte 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,⁹⁴ 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.

Es ist evident, dass ein Zugang zum Verfahren, die Prüfung des Asylbegehrens wie auch die Prüfung einer wirksamen Beschwerde nicht auf hoher See, aber auch nicht in „Transit Verfahrenszentren“ („*Transit Processing Centres*“), welche der ausgelagerten administrativen – und nicht gerichtlich angreifbaren – Prüfung von Asylanträgen dienen soll („*outsourcing of refugee protection*“) durchgeführt werden kann.⁹⁵ Eine derartige Praxis verletzt nicht nur Art. 13 EMRK, sondern auch Gemeinschaftsrecht (Art. 6 ff., 39 2005/85/EG) wie auch den internationalen Standard im Flüchtlingsrecht.

⁹⁴ EGMR, InfAuslR 2001, 57 = NVwZ-Beil. 2001, 97 – *Jabari*.

⁹⁵ *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, ebenda, S. 23.

b) *Schutznormen des humanitären Seerechts*

Zugunsten von Flüchtlingen, die etwa auf dem Mittelmeer in Seenot geraten, sind zusätzlich seerechtliche Schutznormen zu beachten. Art. 98 des Seerechtsübereinkommens von 1982 (SRÜ) bringt eine gewohnheitsrechtliche Regel zum Ausdruck, wonach jeder Staat sicherzustellen hat, dass der Kapitän eines seine Flagge führenden Schiffes so schnell wie möglich Personen in Seenot Hilfe zu gewähren hat, wenn er von ihrem Hilfsbedürfnis Kenntnis erlangt, soweit diese Handlung vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann. Ergänzt werden diese Verpflichtungen durch humanitäres Seerecht, etwa die Konvention SOLAS (Internationales Übereinkommen zum Schutze des menschlichen Lebens auf See) und SAR (Internationale Konvention über die Suche auf See und die Seenotrettung). Ziff. 1 der Regulation 33(1) der SOLAS verpflichtet jeden Kapitän zur unverzüglichen Hilfeleistung im Falle von Seenot, und zwar unabhängig von der Nationalität und dem Status der hilfsbedürftigen Person. Der SAR Annex verpflichtet die Staaten darüber hinaus, die medizinische und sonstige Versorgung der geretteten Personen sicherzustellen und sie an einen sicheren Ort zu verbringen.

c) *Verbot der Zurückdrängung von Flüchtlingen auf hoher See*

Unabhängig hiervon ist es den Staaten nicht erlaubt, Flüchtlinge auf hoher See zurückzudrängen. Tendenzen im europäischen Grenzkontrollregime, Kontrollmaßnahmen zu *exterritorialisieren* und entweder außerhalb der als Küstenmeer dem Staatsgebiet zuzuordnenden Zwölf-Meilen-Zone, in der bis zu 24 Seemeilen umfassenden Anschlusszone, in der die Ausübung polizeilicher Hoheitsgewalt erlaubt ist, auf hoher See oder in den territorialen Gewässern, d.h. dem Küstenmeer von Drittstaaten in Kooperation mit deren Sicherheitsbehörden durchzuführen, stellt die Mitgliedstaaten – entsprechend den vorstehend dargelegten Grundsätzen – nicht von ihren internationalen Verpflichtungen, insbesondere der Verpflichtung aus dem Refoulementverbot frei.⁹⁶ Eine territoriale Vorverlagerung von Grenzkontrollen hebt nicht die aus dem Refoulementverbot folgenden staatlichen

⁹⁶ *Guy S. Goodwin-Gill*, The Haitian Refoulement Case, in: International Journal of Refugee Law 1994, 103; *Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipour*, Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, 2007, S. 20; *Ruth Weinzierl/Urszula Lisson*, Border Management and Human Rights, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 13 ff.

Verpflichtungen auf. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ausdrücklich die extraterritoriale Wirkung der EMRK an Bord von Schiffen des Flaggenstaates anerkannt.⁹⁷ 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.⁹⁸

Durch Vorverlagerung der Grenzkontrollen auf die hohe See oder gar in die territorialen Gewässer der Herkunftsländer dürfen sich die Vertragsstaaten nicht treuwidrig ihrer internationalen Verpflichtungen entledigen. Der Internationale Gerichtshof hat festgestellt, dass die Staaten sich nicht dadurch aus ihren internationalen Verpflichtungen lösen dürfen, indem sie Herrschaftsgewalt außerhalb ihres Territoriums ausüben.⁹⁹ Ebenso kann nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte Art. 1 EMRK nicht dahin interpretiert werden, dass es den Vertragsstaaten erlaubt werde, Konventionsverletzungen, die er im eigenen Hoheitsgebiet nicht ausüben könne, außerhalb ihres Territoriums auszuüben.¹⁰⁰ Da es ernsthafte Anhaltspunkte für die Absicht der Mitgliedstaaten gibt, durch Vorverlagerung der Grenzkontrollen auf die hohe See den Zugang zum Gemeinschaftsgebiet abzuwehren, verlagern sie damit zugleich auch ihre völkerrechtliche Verantwortung auf die hohe See. Dem geänderten europäischen Grenzschutzkontrollsystem passt sich der Refoulementschutz entsprechend dem *Prinzip der dynamischen Auslegung* an. Dieses Prinzip gilt für die EMRK¹⁰¹ und nach der Empfehlung Nr. 89 (LI) des Exekutivkomitees des Programms von UNHCR auch für die GFK. Danach ist „der internationale Rechtsschutz eine *dynamische und handlungsorientierte Aufgabe*“, „die *in Zusammenarbeit mit den Staaten und anderen Partnern* ausgeübt“ werde. Ebenso wird in der völkerrechtlichen Literatur die GFK

⁹⁷ EGMR, EGMR, EuGRZ 2002, 133 (139), § 73 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

⁹⁸ *Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam*, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., 2007, S. 245.

⁹⁹ Internationaler Gerichtshof, Gutachten „Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004, General List No. 131.

¹⁰⁰ EGMR, Entscheidung v. 16. November 2004 – Nr. 31821/96 – *Issa et al. v. Turkey*.

¹⁰¹ EGMR, EuGRZ 1989, S. 314, 318 – *Soering*, seitdem ständige Rechtsprechung.

als „*lebendiges und sich entwickelndes Instrument*“¹⁰² bezeichnet. Dies spricht dagegen, dass die Mitgliedstaaten auf internationalen Gewässern treibende Menschen ohne weiteres abdrängen und umlenken dürfen. Vielmehr sind sie entsprechend ihren internationalen Verpflichtungen gehalten, schutzbedürftigen Personen Zugang zu einem Verfahren zu eröffnen.

Aus dem Refoulementverbot sowie dem hieraus fließenden Gebot, ein Verfahren zur Prüfung der Flüchtlingseigenschaft bzw. einer drohenden Menschenrechtsverletzung zu eröffnen, folgt damit ein vorübergehendes, verfahrengebundenes Recht auf vorübergehende Aufnahme¹⁰³ Insbesondere wegen der *gemischten Fluchtgründe* der auf hoher See aufgegriffenen Personen kommt dem Recht auf Zugang zu einem wirksamen Verfahren eine besondere Bedeutung zu. Solange die Flüchtlingseigenschaft nicht überprüft worden ist, bestehen die internationalen Verpflichtungen aus dem Refoulementverbot. Die Mitgliedstaaten dürfen auch nicht die Augen vor der evidenten Tatsache verschließen, dass sich unter den auf hoher See in Booten treibenden Personen Schutz suchende Personen befinden. Ohne wirksame Vorkehrungen zu ergreifen, um schutzbedürftige Personen zu identifizieren, dürfen auf hoher See treibende Personen nicht vorschnell und pauschal als illegale Einwanderer behandelt werden. Vielmehr folgt aus den *positiven Garantienpflichten* der Vertragsstaaten der GFK, dass wirksame Maßnahmen zu ergreifen sind, um den Refoulementschutz optimal zu verwirklichen.

Für die entsprechenden Normen der EMRK hat der Gerichtshof auf die besondere Bedeutung der Konvention als *Vertrag für die kollektive Durchsetzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten* hingewiesen. Ziel und Zweck der Konvention als ein *Instrument zum Schutz des Individuums* erfordern deshalb, dass ihre Vorschriften als *Schutzvorschriften praktisch wirksam und effektiv gestaltet*, verstanden und angewendet werden.¹⁰⁴ Unabhängig von einer konkreten Beschwerde vermitteln die Normen in Art. 1, 2 und 3 EMRK deshalb bestimmte *Präventions- und Untersuchungspflichten* und darf die Regierung deshalb nicht in Passivität verharren oder sogar treuwidrig vertragliche Verpflichtungen unterlaufen, sondern hat alle

¹⁰² Guy S. Goodwin-Gill, *Asylum 2001 – A Convention and a Purpose*, in: Band 13, *International Journal of Refugee Law*, S. 1, 13 (2001), „*living and evolving instrument*“.

¹⁰³ UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 85 (XLIX) (1998), Nr. q; Ruth Weinzierl/Urszula Lisson, *Border Management and Human Rights*, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 14.

¹⁰⁴ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 87 = EuGRZ 1989, 319 = NJW 1990, 2183 – *Soering*.

vernünftigerweise zu Gebote stehenden Maßnahmen unverzüglich zu ergreifen, um Rechtsverletzung abzustellen. Zur Sicherstellung des gebotenen wirksamen Schutzes erlegen diese Normen den Vertragsstaaten eine *Reihe von positiven Verpflichtungen* auf, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Konventionsnormen zu verhindern und Wiedergutmachung zu gewährleisten. Deshalb müssen die Staaten bestimmte Schutzvorkehrungen treffen, um ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen wirksam gegen Folter und Misshandlungen zu schützen.¹⁰⁵

d) *Vorübergehendes Recht auf Aufnahme im Gemeinschaftsgebiet*

Unklarheit herrscht, an welchem Ort die geretteten Personen zu verbringen sind. UNHCR vertritt insoweit die Auffassung, dass „unbeschadet irgendwelcher Verantwortlichkeiten des Flaggenstaates“ sicherzustellen sei, dass es den geretteten oder sonst wie an Bord befindlichen hilfsbedürftigen Personen, wann immer möglich, erlaubt werden soll, „im nächst gelegenen Hafen an Land zu gehen. Auch sollte ihnen Gelegenheit gegeben werden, ihre Flüchtlingseigenschaft durch die Behörden feststellen zu lassen, mit der Maßgabe, dass dies nicht notwendigerweise eine dauerhafte Lösung im Lande des angelaufenen Hafens bedeuten muss.“¹⁰⁶ Der Asylsuchende muss dort jedoch sicher vor dem Refoulement sein. Es reicht danach nicht aus, dass lediglich der Zustand der Seenot beendet, sondern der Asylsuchende in dem Staat, in dem der angelaufene Hafen gelegen ist, das Refoulementverbot des Art. 33 GFK beachtet. Sowohl der Schifffahrtssicherheitsausschuss wie auch die Generalversammlung der Vereinten fordern dementsprechend die Staaten zur internationalen Zusammenarbeit auf, um zu verhindern, dass die Ausschiffung in Länder erfolgt, in denen der Schutz der Asylsuchenden und Flüchtlinge nicht sichergestellt werden kann.

Hieraus wird in der Literatur die Konsequenz gezogen, dass sowohl die in Seenot geratenen und darüber hinaus auch alle auf hoher See aufgenommene Asylsuchende an einen sicheren Ort im Gemeinschaftsgebiet zu verbringen seien.¹⁰⁷ Hierfür spricht, dass der die Herrschaftsgewalt ausübende Staat, also auf hoher See der Flaggenstaat, nach

¹⁰⁵ EGMR, HRLJ 2002, 39 (43) – *Al Adsani v. UK*.

¹⁰⁶ UNHCR ExCom, Empfehlung Nr. 53 (XXXIX) (1988), Nr. 2.

¹⁰⁷ S. hierzu im Einzelnen *Andreas Fischer-Lescano/Tillmann Löhr*, ebenda, S. 28

Gemeinschaftsrecht und der EMRK einen wirksamen Zugang zum Verfahren und eine wirksame Beschwerdemöglichkeit für die aufgenommenen Asylsuchenden bereithalten muss. Bei der bloßen Verbringung an den nächstgelegenen Hafen kann er dies nicht sicherstellen. Unter diesen Voraussetzungen kann er sich deshalb nicht seiner einmal durch Aufnahme auf hoher See übernommenen Herrschaftsgewalt und der damit verbundenen Verantwortlichkeit für den Asylsuchenden entledigen.

4. *Verpflichtung zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten*

Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten haben sich mit der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX ein Grenzkontrollinstrument geschaffen, das hinsichtlich der Zurechnung von völkerrechtlichen Verpflichtungen völlig neuartige Herausforderungen stellt und bislang ein bedrohliches Schutzvakuum für Menschen auf hoher See und an den Außengrenzen der Gemeinschaft geschaffen hat. FRONTEX wurde durch Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 vom 26. Oktober 2004 als europäische Agentur gegründet. Am 31. Juli 2007 wurde durch Verordnung (EG) Nr. 863/2007 die Grundlage für die Bildung von Soforteinsatzteams zur Sicherung der Grenzen geschaffen. FRONTEX hat insbesondere die Aufgabe die „operative Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Außengrenzen“ zu koordinieren (Art. 3 VO (EG) Nr. 2007/2004) sowie die Mitgliedstaaten in Situationen, die eine verstärkte technische und operative Unterstützung an den Außengrenzen erfordern, zu unterstützen (Art. 8 VO (EG) Nr. 2007/2004). Dabei ist FRONTEX eine Gemeinschaftsagentur mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 15 VO (EG) Nr. 2007/2004). Da FRONTEX auf Art. 62 Abs. 2 Buchst. a) und Art. 66 EGV gestützt wird, wird davon ausgegangen, dass es sich nicht um eine Agentur handelt, welche die nationalen Polizeibehörden koordinieren soll. Vielmehr kommt ihr „eine zentrale Funktion in der gemeinschaftsrechtlich durchformten integrierten Grenzverwaltung im Hinblick auf die Personenkontrollen an den Außengrenzen zu.“ Insgesamt wird befürchtet, dass die Ausgründung von Agenturen zu einer „Verselbständigung administrativer Apparate“ führe und in der „Konsequenz eine zunehmende Unabhängigkeit der Agenturen vom politischen Einfluss von Rat und Kommission und parlamentarischer Mitwirkung“ bedeute.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipour, Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, 2007, S. 10.

Für die *Verantwortungszurechnung* werfen derartige Mischverwaltungsagenturen bislang nicht ansatzweise geklärte Fragen auf. Dies betrifft einerseits die Verantwortung der Gemeinschaft als solcher wie die der einzelnen Mitgliedstaaten. 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 wirksam gegen Verletzungen des Refoulementverbotes geschützt werden und einen Zugang zum Verfahren erhalten.¹⁰⁹ 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, da beide FRONTEX-Verordnungen eine Übertragung der Hoheitsgewalt auf die Grenzschutzagentur nicht vorsehen. Während des Einsatzes gilt Gemeinschaftsrecht und das Recht des Mitgliedstaates, in dem die Operation durchgeführt wird. Die Beamten der Mitgliedstaaten tragen ihre nationale Uniform, sind aber durch eine blaue Armbinde mit dem Zeichen der Europäischen Union und der Agentur (Art. 6 Abs. 4 VO (EG) 863/2007) kenntlich gemacht. Gleichwohl verbleibt die Verantwortlichkeit für die Maßnahmen der Beamten im Team bei dem jeweiligen Mitgliedstaat. Nach Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 863/2007 bleiben die Teammitglieder Beamte des nationalen Grenzschutzes ihres Herkunftsstaates. Nach Art. 10 Abs. 1 VO (EG) Nr. 863/2007 haftet der Mitgliedstaat entsprechend seinen nationalen Rechtsvorschriften beim Einsatz von Teammitgliedern für die von diesen während ihrer Operation verursachten Schäden. Während des Einsatzes des Teams werden Teammitglieder im Blick auf Straftaten, die gegen sie oder von ihnen begangen werden, wie Beamte des

¹⁰⁹ Ruth Weinzierl/Urszula Lisson, *Border Management and Human Rights*, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 63 ff.

Einsatzmitgliedstaates behandelt (Art. 11 Abs. 1 VO (EG) Nr. 863/2007). Es ist deshalb von einer *gesamtschuldnerischen Haftung* auszugehen, sodass jeder einzelne Mitgliedstaat für Handlungen des europäischen Grenzschutzteams verantwortlich ist. Danach entsteht aus der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle eine erhöhte Pflicht zum Schutze Dritter, wobei Handlungen von Beamten anderer Mitgliedstaaten im Team den anderen Mitgliedstaaten zugerechnet werden können, wenn die Beamten der anderen Mitgliedstaaten von den völkerrechtswidrigen Akten Kenntnis hatten oder hätten haben können.¹¹⁰ Im Blick auf jeden einzelnen Mitgliedstaat, der an Operationen von FRONTEX teilnimmt, wird danach *qualifiziertes Unterlassen einer aktiven Völkerrechtsverletzung* rechtlich gleichgestellt.

5. *Bisherige Erfahrungen mit FRONTEX*

Frage 5 setzt als Ziel der Gemeinschaft eine einheitliche Asyl- und Flüchtlingspolitik voraus und fragt nach den bisherigen Erfahrungen mit FRONTEX: Zunächst konzentrierte sich FRONTEX auf den Informationsaustausch, der auch Drittländer in Nord- und Westafrika, also Herkunfts- und Transitländer einbezieht. Wesentliches Ziel dieser Zusammenarbeit, die auch in Form von Vereinbarungen vollzogen wird, ist die *Bekämpfung der illegalen Einwanderung*. In den Jahren 2006 und 2007 wurden im Mittelmeerraum und vor der afrikanischen Küste drei Operationen, „HERA I, II und III“, „Nautilus, Nautilus 2007“ und „Jason“ durchgeführt. Die „Hera“-Operationen wurden im Gebiet der kanarischen Inseln, der Kapverden und vor dem Senegal vorgenommen. An diesen Operationen beteiligten sich auf Anfrage Spaniens sieben Mitgliedstaaten. Die Operation „Nautilus“ wurde vor der Küste von Malta durchgeführt. „Jason“ betraf den Einsatz von Grenzschutzteams im Mittelmeergebiet vor der Küste Griechenlands.

Während diese Einsätze bloße „Unterstützungseinsätze“ waren, bei denen die FRONTEX-Beamten lediglich Koordinierungsfunktionen, aber keine exekutiven Befugnisse wahrnahmen (Art. 8 Abs. 2 Buchst. a) VO (EG) 2007/2004), sollen in Zukunft schnelle Eingreifteams („*Rapid Border Intervention Teams*“ (RABIT)) eingesetzt werden, denen Befugnisse im

¹¹⁰ *Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipour*, Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, 2007, S. 10, unter Hinweis auf den Kommentar der Völkerrechtskommission zur Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit (A/RES/56/83, 12. Dec. 2001), Art. 47,

Rahmen der Grenzüberwachung eingeräumt werden (Art. 6 Abs. 1 VO (EG) 863/2007). Die Teammitglieder dürfen nur unter den Anweisungen und grundsätzlich nur in Gegenwart von Grenzschutzbeamten des Einsatzmitgliedstaates Aufgaben und Befugnisse wahrnehmen (Art. 6 Abs. 3 VO (EG) 863/2007).

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.“¹¹¹ Geschätzte etwa 5.000 weitere Personen seien noch auf afrikanischem Boden daran gehindert worden, über das Meer zu setzen.¹¹² Gestützt wird diese Praxis z.B. durch das Ratsprogramm von 2003, in dem die Umdrehung von Booten als eine Methode der Grenzkontrolle vorgeschlagen wird.¹¹³ Spanien arbeitet auf der Grundlage von bilateralen Abkommen mit Senegal und Mauretanien zusammen und führt in diesem Zusammenhang gemeinsame Patrouillen im Küstengewässer dieser Staaten durch. Schwerpunkt der Tätigkeit von FRONTEX stellten bislang operative Einsätze vor Malta, Lampedusa sowie den kanarischen Inseln dar.

Beobachter weisen darauf hin, dass insbesondere der anfänglich ausbleibende Erfolg der Operationen auf hoher See zum Gradmesser ihrer Wirksamkeit nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern auch im Europäischen Parlament geworden sei. Der Rückgang der Anlandungen um ein bis zwei Drittel während dieser Einsätze habe zwar deren kurzfristige Effekte quantifizierbar gemacht, nicht jedoch den Nutzen erzielt, den sie als praktische Übungen beim Aufbau einer neuen Sicherheitsarchitektur hätten. Hier könnten nicht nur die neuen nationalen Koordinationszentren getestet, sondern zugleich auch das „Zusammenspiel zwischen

S. 314; *Ruth Weinzierl/Urszula Lisson*, Border Management and Human Rights, German Institute for Human Rights (Hrsg.), 2007, S. 28, 72.

¹¹¹ FRONTEX, Annual Report 2006, S. 12.

¹¹² *Christoph Marиска*, FRONTEX – Die Vernetzungsmaschine an den Randzonen des Rechts und der Staaten, in: Aufgaben und Strukturen der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen, *Tobias Pflüger* (Hrsg.), Januar 2008, S. 16 (20).

¹¹³ EU, Doc. No. 15445/03, paras. 30, bullet point 4.31, zitiert in *Ruth Weinzierl/Urszula Lisson*, ebenda, S. 23.

humanitären, polizeilichen und militärischen Organisationen mehrerer Mitgliedstaaten einstudiert werden.“¹¹⁴

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*.¹¹⁵ 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 kann kaum als Stärkung des Asylrechts, sondern eher als vorrangig auf die Abwehr von Flüchtlingen und Migranten zielende Vorverlagerung des Grenzschutzes als integraler Bestandteil einer neuen europäischen Sicherheitsarchitektur verstanden werden. Europas führende Rolle beim Aufbau menschenrechtlicher Strukturen und der Förderung des Flüchtlingsschutzes nach 1945 scheint sich umgekehrt zu haben, wie die Praxis der Umdrehung von Booten auf hoher See anschaulich illustriert.

Dr. Reinhard Marx

10. Dezember 2008

¹¹⁴ *Christoph Mariscka*, ebenda, S. 19.

¹¹⁵ BT-Drs. 16/6254, S. 8.